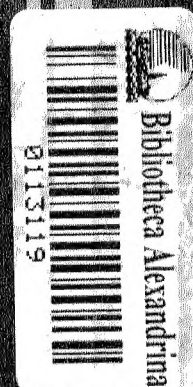


كتاب المنتقى
شرح موطأ الإمام مالك بن أنس

القاضي أبو الوليد البجلي الأندلسي

الجزءان، الثالث والرابع



الجزء الثالث من

كتاب

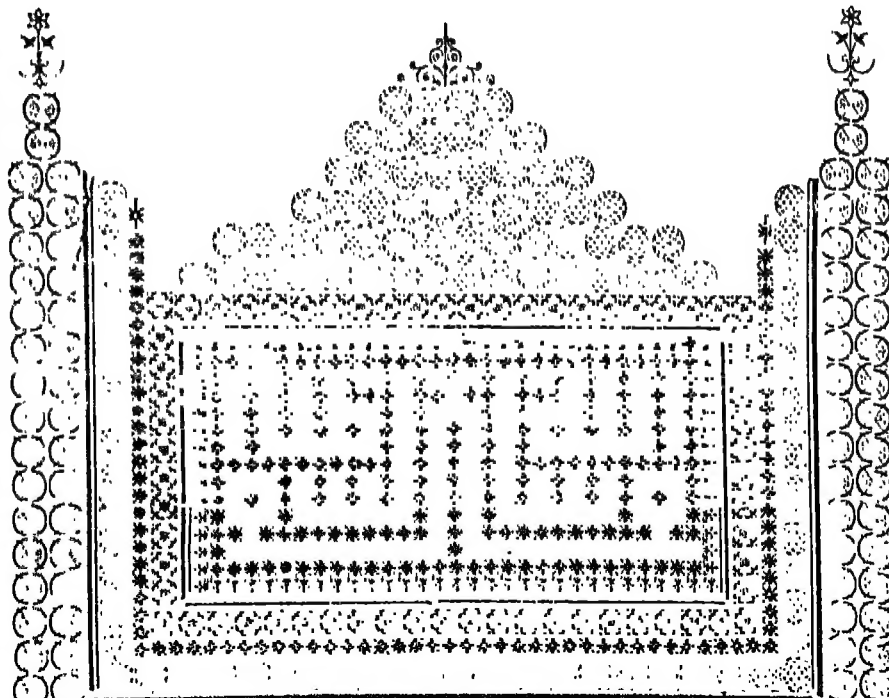
المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واث
الباغى الاندلسى من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ هـ المتوفى سنة ٤٩٤ هـ
رحمه الله ورضى عنه

د الطبعة الاولى - سنة ١٣٣٢ هـ

مطبعة السعادة بجوار محافضة تبصر

الطبعة الثانية
دار الكتاب الاسلامى
القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم

هـدى المحرم اذا أصاب أهله

ص * مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب ويلي بن أبي طالب وأباهره سألو عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج فقالوا ينفذان لوجههما حتى يقضيا حجهم ما ثم عليهما ما حج قابل والهدى قال وقال علي ابن أبي طالب واذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهم ما * ش قوله في الذي أصاب أهله يريد جامعها في حال احرامه بالحج ينفذان يريدون أن عليهما المضى في الحج الفاسد حتى يتأعلى حسب ما كانا يتان الحج الصحيح ولذلك قالوا رضي الله عنهم حتى يقضيا حجهم ما وإنما أشاروا الى الحج المعهود والأصل في ذلك قوله تعالى وآتموا الحج والعمره لله

(فصل) وقولهم ثم عليهما ما حج قابل والهدى يريدون قضاء الحج الذي أفسدها ومن أين يحرم بالقضاء قال مالك يحرم بمن حيث كان أحرم بالأول الا أن يكون أحرم بالأول من أبعد من ميقاته فلا يلزمه أن يحرم الامن الميقات وقال الشافعي ان كان أحرم من أبعد من ميقاته فيلزمه في القضاء الاحرام منه ودليلنا أن هذا أحد الميقاتين فلا يلزمه في القضاء ما كان التزم منه في الأداء زائد على ميقاته أصل ذلك ميقات الزمان (مسئلة) ولا يخلو أن تكون زوجته أو أمته والأظهر من لفظ أهل الزوجة فان كانت زوجة فلا يخلو أن تكون طواوته أو أكرهها فان كانت طاووته فعلى كل واحد منهما أن يقضى الحج وهدى لان حالهما في ذلك كحاله (مسئلة)

هـدى المحرم اذا
أصاب أهله *
* حدثني يحيى عن مالك
انه بلغه أن عمر بن الخطاب
وعلى بن أبي طالب وأبا
هريرة سئلوا عن رجل
أصاب أهله وهو محرم بالحج
فقالوا ينفذان لوجههما
حتى يقضيا حجهم ما ثم عليهما
حج قابل والهدى * قال
وقال علي بن أبي طالب
واذا أهلا بالحج من عام
قابل تفرقا حتى يقضيا
حجهم ما

فان كان أكرهها فعليه أن يحجبها من ماله ويهدي عنها لان ما يلزمها من النفقة والهدى مما أتلّفه عليها فوجب عليه حمله عنها وأما مباشرة ذلك بنفسها فانها من أحكام الأبدان التي تختص بها وتلزمها فلا يتعمله عنها كما لو أفسد صومها لكان عليه الكفارة وعليها القضاء (مسئلة) وان كانت أمته فعليه أن يحجبها ويهدي عنها سواء أكرهها أم لا ووطؤه لها اذن في حجها قاله ابن القاسم عن مالك في العتبية والمواز يتراد محمد بن عبد الملك ولا يصوم عنها ووجه ذلك انه مالك لها لا يستطيع الامتناع منه وهو ملك نصير فهاذا رضى بوطئها فقد رضى باسقاط حقه من سعيه بخلاف الزوجة فانه لا يملك نصيرها

(فصل) وقولهم والهدى الهدى يحتاج الى صفة قال مالك هو بدنة وبه قال الشافعي وهو قول ابن عباس وقال أبو حنيفة تجزئ شاة والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك قال القاضي أبو الحسن هو قول عمرو على وابن عباس رضى الله عنهم ولا يخالفهم ودليلنا من جهة القياس انه ووطئ عمدا في احرام فوجب أن يكون هديه بدنة أصل ذلك اذا ووطئت بعد الوقوف فعن أبي حنيفة عليه بدنة ولا يفسد عليه حججه (فرع) قال القاضي أبو الحسن هذا عندى يجب مع القدرة على البدنة فان لم يجد فبقرة فان لم يجد فشاة لانه لا يخرج هذا عن أصله قال وهذا لما نصوص عليه حتى انه لو أخرج شاة مع القدرة على البدنة أجزأه على تكرهه منه فهذا من قول القاضي أبي الحسن يدل على أن الكلام في الاستعجاب

(فصل) وقول على رضى الله عنه واذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس عليهما ان يتفرقا والدليل على ما نوقله قول على وابن عباس ولا يخالفهما من الصحابة فثبت أنه اجماع ومن جهة المعنى انه قد ظهر منهما من التسرع الى الفساد في العبادة بالوطء ما يخاف عليهما مثله في القضاء والقضاء واجب تسليمه من الوطء فيلزم أن يفرق بينهما احتياطا للعبادة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في العتبية يفرقان في حج القضاء من يوم يحرمان وبه قال ابن عباس وقال الشافعي انما يفرقان من حيث أفسدا حجها الأول والدليل على ما نوقله ان هذه مرة من الاحرام تفسد بالجماع فيلزمهم أن يفرقا فيها أصل ذلك ما بعد موضع الجماع في الحج الأول * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه جاوبت الصحابة رضى الله عنهم عن هذه المسئلة على عمومها واطلاقها ولم يسألوا السائل هل كان الوطء عمدا أو ناسيا وذلك يدل على أن حكمهما واحد في الفساد والهدى وهذا ما قاله مالك رحمه الله وقال الشافعي في أحد قوليه الوطء على وجه النسيان لا يفسد الحج والدليل على ما نوقله ان هذا ووطء صادف احراما لم يتحلل من شيء منه فوجب أن يفسد كالعمد ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ماترون في رجل وقع بامرأته وهو محرم فلم يقل له القوم شيئا فقال سعيدان رجلا وقع بامرأته وهو محرم فبعث الى المدينة يسأل عن ذلك فقال بعض الناس يفرق بينهما الى عام قابل فقال سعيد بن المسيب لينفذ الوجه ما فليتأ حجها الذي أفسد فاذا فرغا رجعا فان أدركهما حج قابل فعليهما الحج والهدى ويهلان من حيث أهلا لحجها الذي أفسد او يفرقان حتى يقضيا حجها * قال مالك يهديان جميعا بدنة بدنة * ش سؤال سعيد بن المسيب لاصحابه عن هذه المسئلة على حسب ما كان يفعل يقصد بذلك اختبار اصحابه وتدريبهم وتنبيههم على المسائل وسكوت القوم عنه املانه لم يكن عندهم علم بذلك أولانهم أثروا تعظيمه والمبالغة في بره وصرف الأمر اليه

وحدثني عن مالك عن يحيى
ابن سعيد انه سمع سعيد
ابن المسيب يقول ماترون
في رجل وقع بامرأته وهو
محرم فلم يقل له القوم شيئا
فقال سعيدان رجلا وقع
بامرأته وهو محرم فبعث
الى المدينة يسأل عن ذلك
فقال بعض الناس يفرق
بينهما الى عام قابل فقال
سعيد بن المسيب لينفذ
لوجه ما فليتأ حجها الذي
أفسد فاذا فرغا رجعا
فان أدركهما حج قابل
فعليهما الحج والهدى
ويهلان من حيث أهلا
بحجها الذي أفسد
ويفرقان حتى يقضيا
حجها ما قال مالك يهديان
جميعا بدنة بدنة

(فصل) وقول بعض الناس يفرق بينهما الى عام قابل حكاه سعيد بن المسيب على سبيل الانكار له ولذلك بين أن افتراقهما انما يكون من حيث يحرم بالحلج ولا فائدة في أن يفرق بينهما قبل أن يحلج من الحجة التي أفسد الان وطأتهما في هذا العام لا يفسد عليهما حجا ولا يوجب عليهما هدنيا ولا فائدة في أن يفرق بينهما بعد الاحلال منه وقبل الاحرام بحج القضاء لانهما انما يكونان حلالين فلا معنى للفرق بينهما

(فصل) وقوله فاذا فرغ رجعا يحتمل أن يريد بذلك الاباحة ومعنى ذلك انه يجوز لهما أن يرجعا الى منازلهما ويحتمل أن يريد بذلك الوجوب ومعنى ذلك أن يرجعا الى موضع يجب عليهما فيه الاحرام منه

(فصل) وقوله فان أدركهما عام قابل فعليهما الحج والهدى يريد والله أعلم انهما يستأنفان الاحرام ولا يجوز لهما البقاء على الاحرام الأول بخلاف من فاته الحج فان له أن يبقى على احرامه الأول ويتم حجه عليه لانه احرام صحيح والذي أفسد حجه لا يجوز له أن يتم قضاء عليه لانه احرام فاسد (مسئلة) ولو أفسد حجه وفاته فقد قال مالك لا ينبغي له أن يقيم الى قابل على احرام فاسد ويتحلل بعمره ثم يحج قابلا وهذا ما ذكرنا من أن الاحرام الفاسد لا يجوز له أن يتم عليه القضاء

(فصل) وقوله وان أدركهما عام قابل فعليهما الهدى يقتضى أن الهدى لا يكون الا في العام المقبل وكذلك في العتبية والموازية عن مالك من رواية أشهب

(فرع) فان عجله قبل القضاء فقد قال عبد الملك بن الماجشون فممن عجل هدى الفساد قبل القضاء انه يجزئه وان كان أحب اليها أن يكون مع حجه القضاء ويحتمل على قول أصبغ في هدى الغوات أن لا يجزئه

(فصل) وقوله هلال من حيث أهلا بحججهما الذي أفسدا ويتفرقان حتى يقضيا حججهما على ماتقدم وقدرى ابن المواز عن مالك لا يتسيران ولا يجتمعان في منزل ولا بحجفة ولا بمكة ولا بمنى وهذا على ما ذكرناه من التوقى الواجب القضاء لما علم من تسير عملهما الى ما أفسدا به حججهما

(فصل) وقول مالك ويهديان جميعا بدنة بدنة وذلك ان هدى فساد الحج بالوطء بدنة على ماتقدم ولما أفسد كل واحد منهما الحج ولزمه بذلك القضاء لزمه الهدى الذي هو البدنة ص قال يحيى قال مالك في رجل وقع بامرأته في الحج ما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرى الجرة انه يجب عليه الهدى وحج قابل قال فان كانت اصابت أهله بعد رمى الجرة فاما عليه أن يعتمر ويهدي وليس عليه حج قابل وش وهذا كما قال ان المصيب لاهله لا يخلو أن يكون أصابها قبل الوقوف بعرفة أو بعد ذلك فان كان أصابها قبل الوقوف بعرفة فلا خلاف في فساد حجها وانه يجب عليهما الهدى وحج قابل على ما قال قال وتمت تقدم شرح ذلك وبيان وقوله فيما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرى الجرة فانه يجب عليه الهدى وحج قابل نص على ما كان قبل وقوفه بعرفة ونص بعد ذلك على ما كان بعد رمى جرة العقبة ولم ينص على من وطئ بعد الوقوف وقبل الرمي وقد روى القاضي أبو محمد عنه في ذلك روايتين احدهما وهي المشهورة انه قد أفسد حججه وبها قال الشافعي والثانية انه لا يفسد حججه وبها قال أبو حنيفة وجه القول الأول انه ووطء صادق احراما لم يتحلل منه فوجب أن يفسده أصل ذلك اذا كان قبل الوقوف بعرفة قال القاضي أبو الحسن ولا يلزمنا على هذا اذا وطئ بعد يوم النحر وقبل أن يرى لان التحلل عندنا يقع بالرمي في وقته أو بانقضاء وقته وفواته ووجه القول الثاني

* قال يحيى قال مالك في رجل وقع بامرأته في الحج ما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرى الجرة انه يجب عليه الهدى وحج قابل قال فان كانت اصابت أهله بعد رمى الجرة فانما عليه أن يعتمر ويهدي وليس عليه حج قابل

انه معنى بوجوب القضاء فوجب أن يؤمر بالوقوف بعرفة كالفوات (مسئلة) وهذا اذا كان وطؤه يوم النحر قبل غروب الشمس فان كان بعد غروب الشمس من يوم النحر فقد روى أصحابنا عن مالك فمضى وطئ الغد من يوم النحر قبل أن يرى ويفيض لم يفسد حجه وليس بمنزلة من وطئ يوم النحر وعليه عمرة وهدي لو طئه وهدي آخر لما أخر من رمى جرة العقبة ووجه ذلك ان التحلل قد حصل بانقضاء وقت الرمي وخروجه

(فصل) قوله وان كانت اصابته أهله بعد رمى الجمرات فما عليه أن يعتمر ويهدي وليس عليه حج قابل والوطء بعد الرمي لا يخلو أن يكون قبل الافاضة أو بعدها فان كان قبل الافاضة فلا يخلو أن يكون يوم النحر أو بعده فان كان يوم النحر فقد اختلف فيه قول مالك والمشهور عنه أنه لا يفسد حجه قال القاضي أبو الحسن وهو الصحيح وقد قال أيضا يفسد قبل الافاضة وبه قال أبو حنيفة والشافعي ووجه الرواية الاولى انه وطئ بعد أن حل له اللباس والقاء التفت فلم يفسد بذلك حجه كما لو وطئ بعد الطواف ووجه الرواية الثانية انه وطئ يوم النحر في حال المنع من الوطء لأجل الحج فوجب أن يفسد حجه كما لو وطئ قبل الوقوف (فرع) فاذا قلنا لا يفسد حجه فانه يلزمه عمرة وهدي وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجب عليه عمرة والدليل على صحة ما نقله ان عليه أن يأتي بطواف الافاضة في نسك لم يدخل عليه نقص الوطء وذلك لا يكون الا بالعمرة لأن الطواف لا يكون في الاحرام الا بحج أو عمرة وقد قلنا انه لا حج عليه فلزمته العمرة (مسئلة) فان وطئ بعد الافاضة وقبل الرمي فلا يخلو أن يكون ذلك يوم النحر أو بعده فان كان يوم النحر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم وابن كنانة وأصبغ لا يفسد وليس عليه الا الهدى وقال أشهب وابن وهب يفسد حجه ووجه قول ابن القاسم انه قد وجد أحد التحللين فلم يفسد حجه كما لو تقدم الرمي ووطئ قبل الطواف ووجه قول أشهب انه وطئ يوم النحر قبل الرمي ففسد حجه كما لو وطئ قبل الطواف (مسئلة) فان كان وطؤه بعد يوم النحر فقد روى ابن حبيب عن أصبغ لاشئ عليه غير الهدى ص قال مالك الذي يفسد الحج أو العمرة حتى يجب عليه في ذلك الهدى مع الحج أو العمرة التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق قال ويوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من مباشرة فاما رجل ذكر شيئا حتى خرج منه ماء دافق فلا يرى عليه شيئا ش وهذا كما قال ان الذي يفسد الحج والعمرة التقاء الختانين على أى وجه وقع من عمد أو نسيان هذا من ذهب مالك وقال الشافعي في أحد قوله التقاء الختانين على وجه النسيان لا يفسد الحج وقد تقدم ذكره وقوله الذي يفسد الحج والعمرة حتى يجب بذلك الهدى في الحج أو العمرة يحتمل معنيين أحدهما أن يكون معنى قوله في الحج أو العمرة أن الافساد وجد في أحدهما فيجب بذلك الهدى والقضاء فاجتزأ بذكر الافساد عن ذكر القضاء والثاني انه يريد انه يجب عليه بذلك الهدى في الحج والعمرة الذي هو القضاء عما أفسده منهما وذلك أن الواجب على من أفسد حجا أو عمرة التماضي فيما أفسد منها حتى يتممه على ما كان التزمه ودخل فيه ثم يقضيه ويهدي في القضاء وقال داود يخرج عن الحج بالفساد ودليلنا قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله ودليلنا من جهة القياس انه معنى يجب به القضاء فلم يخرج به عن الاحرام كالفوات

(فصل) وقوله التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق يريدان التقاء الختانين يفسد الحج وان لم يكن ازال لأن كل حكم يتعلق بالوطء فانه يتعلق بالتقاء الختانين من افساد الحج والصوم ووجوب الحد والمهر وغير ذلك من الاحكام

قال مالك الذي يفسد الحج أو العمرة حتى يجب عليه في ذلك الهدى مع الحج أو العمرة التقاء الختانين وان لم يكن ماء دافق قال ويوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من مباشرة فاما رجل ذكر شيئا حتى خرج منه ماء دافق فلا يرى عليه شيئا

(فصل) وقوله ويوجب ذلك أيضا الماء الدافق اذا كان من المباشرة يريدان الحج يفسد بانزال الماء الدافق من المباشرة وكذلك الوطء دون الفرج (وقال) أبو حنيفة والشافعي لا يفسد الحج شيء منه والدليل على ما نقوله قوله تعالى الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج والرفث اتيان النساء ومباشرةهن ولذلك قال تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائك فمنهى عن المباشرة لمن فرض فيهن الحج والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ودليلنا من جهة القياس انه فعل محظور لأجل الاحرام فيفضي الى الانزال فوجب أن يفسد الحج أصل ذلك الوطء في الفرج

(فصل) قوله وأما رجل ذكر شيثا حتى خرج منه ماء دافق فلا يرى عليه شيئا فان ظاهر قوله استدامة التذكر وترديده على قلبه حتى ينزل لأنه أتى بلفظ الغاية فقال انه ان ذكر شيثا حتى أنزل وذلك لا يستعمل الا فيما يستدام ويكرر وقد قال انه لا شيء عليه حكى القاضي أبو الحسن عن مالك فيمن كرر التذكر حتى أنزل روايتين والذي روى ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازية انه قد أفسد الحج وروى عنه أشهب ليس عليه الا الهدي ووجه رواية ابن القاسم انه قصد معنى يتوصل به الى الانزال فوجب أن يفسد حجه اذا أنزل به أصل ذلك المباشرة ووجه رواية أشهب انه معنى لو أنزل به على وجه السهول يفسد حجه فكذلك اذا قصده كالاختلام لمن نام قصد الاختلام وقدر روى ابن القاسم عن مالك في الموازية والعتبية من تذكر شيثا فأنزل فلا يفسد حجه قال أحمد ابن مسرة ويهدى ومعنى ذلك انه أجرى على قلبه ذكر كرام غير قصد ص قال مالك ولو أن رجلا قبل امرأته ولم يكن من ذلك ماء دافق لم يكن عليه في القبلة الا الهدي ش وهذا كما قال لأن القبلة ممنوعة لحرمة الاحرام فاذا لم تنفض الى الانزال لم يجب بها الا الهدي وانما وجب بها الهدي لأنه أدخل على نسكه نقضا بما أتاه من الاستمتاع فلزمه الهدي ليجبر بذلك ما أدخل على نسكه من النقص وقدر روى ابن المواز عن مالك ان هديه بدنته وجه ذلك انه هدى يجب بالاستمتاع فكان بدنة كهدي الوطء (مسئلة) وكل ما فيه نوع من الالتذاذ بالنساء فانه ممنوع في حق المحرم فما كان لا يفعل اللذة كالقبلة ففيه الهدي على كل حال وما كان يفعل اللذة وغير اللذة مثل لمس كفها أو شيء من جسدها فأتى من هذا كله على وجه اللذة فمنوع وما كان لغير لذة فباح ص قال مالك ليس على المرأة التي يصيها زوجها وهي محرمة مرارا في الحج أو العمرة وهي له في ذلك مطاوعة الا الهدي وحج قابل ان أصابها في الحج وان كان أصابها في العمرة فانما عليها قضاء العمرة التي أفست والهدي ش وهذا كما قال ان المرأة التي يصيها زوجها وهي محرمة مرارا فانه ليس عليها الاحج قابل والهدي يجب ذلك عليها بأول وطء وأما الثاني وما بعده فانه لا يجب به هدى ولا حج ولا عمرة سواء كفر عن الوطء الاول قبل الوطء الثاني أو لم يكفر حتى وطئ وقال أبو حنيفة ان كفر عن الوطء الاول فعليه كفارة ثانية عن الوطء الثاني وان لم يكن كفر عن الوطء الاول فليس عليه كفارة ثانية للوطء الثاني وللشافعي قولان أحدهما مثل قولنا والثاني انه يجب عليه عن كل وطء كفارة سواء كفر عن الاول أو لم يكفر والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان الوطء الثاني وطء قبل التحلل لم يفسد نسكا فلم يوجب كفارة أصله اذا وطئ ثانية قبل أن يكفر عن الاولى

(فصل) وقوله وهي له في ذلك مطاوعة لما يناله قبل هذا من أن المسكره لا هدى عليها وان لم يمسها القضاء غير ان على من أكرهها الاتفاق عليها لانه يعمل عنها ما يلزمها من حقوق المال وأما حقوق

قال مالك ولو أن رجلا قبل امرأته ولم يكن من ذلك ماء دافق لم يكن عليه في القبلة الا الهدي قال مالك ليس على المرأة التي يصيها زوجها وهي محرمة مرارا في الحج أو العمرة وهي له في ذلك مطاوعة الا الهدي وحج قابل ان أصابها في الحج وان كان أصابها في العمرة فانما عليها قضاء العمرة التي أفست والهدي

الاجسام فانه لا تدخلها النيابة ولا التحمل فلا بد لها من مباشرة ذلك بنفسها
(فصل) وقوله ليس عليها اذا اطاعتها الهدي وحج قابل بريدان القضاء والهدي يلزمهما وانما
خص بذلك حج قابل لانه اقرب وقت يمكنهما فيه جبر ما أفسدا من ججهما ولا يختص القضاء بالعام
المقبل اختصاصا يتعلق به دون غيره من الاعوام وانما ذلك على ما يلزم من تعجيل القضاء ولذلك
لا نقول في العمرة يفسدها بالوطء يقضيها في العام المقبل بل يحل من العمرة التي أفسد ويشترع في
القضاء اذا أمكنه ذلك

(فصل) وقوله وان كان أصابها في العمرة فانما عليها قضاء العمرة التي أفسدت والهدي ذكر
حكم العمرة في هذا بعد ان ذكر حكم الحج وانما يكون فسادها للعمرة اذا كان الوطء قبل اكمال
لسعي فحينئذ يلزمه التماضي فيها ثم القضاء والهدي وأما ان كان الوطء في العمرة بعد اكمال السعي
فان العمرة لا تفسد

﴿ هدى من فاته الحج ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن يحيى بن سعيد انه قال

أخبرني سليمان بن يسار

أن أبا أيوب الانصاري

خرج حاجا حتى اذا كان

بالنازية من طريق مكة

أضل رواحه وانه قدم

على عمر بن الخطاب يوم

النحر فذكر ذلك له فقال

عمر اصنع كما يصنع المعتمر

ثم قد حلت فاذا أدركك

الحج قابلا فاحجج واهد

ما استيسر من الهدي

﴿ هدى من فاته الحج ﴾

عن مالك عن يحيى بن سعيد انه قال أخبرني سليمان بن يسار أن أبا أيوب الانصاري خرج حاجا
حتى اذا كان بالنازية من طريق مكة أضل رواحه وانه قدم على عمر بن الخطاب يوم النحر فذكر
له ذلك فقال له عمر اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حلت فاذا أدركك الحج قابلا فاحجج واهد
ما استيسر من الهدي ﴿ ش قوله ان أبا أيوب لما كان بالنازية من طريق مكة أضل رواحه
يقتضي ما بعده من ذكر فوات الحج ان ذلك كان سبب فوات الحج اما لانه شغل بطلبها وهو يقدر
ان يدرك الحج فتتابع ذلك منه حتى بقي من المدة ما قدر فيه انه يدرك الحج فيه فأخلفه تقديره ولم
تدركه واما لانه عجز عن الوصول الى الحج بعد رمي رواحه التي كان يتوصل بها فلم يمكنه الوصول
الابعد الفوات

(فصل) وقوله وانه قدم على عمر بن الخطاب يوم النحر يريد انه قدم عليه بمنى ولم يصل الى عرفة في
وقت يدرك فيه الحج فذكر ذلك لعمر بن الخطاب يحتمل انه ذكر له ما جرى عليه من اضلال
رواحله وان ذلك سبب فوات حجه ويحتمل أن يخبره بفوات الحج خاصة لان حكمه انما يتعلق به
دون سببه لان من فاته الحج بخطأ عمد أو بمرض أو بخفاء هلال أو لشغل أو بأى وجه كان غير العدو
المانع فعلمه واحدا لا يجعله الا البيت ويحج قابلا ويهدي أهل مكة وغيرهم في ذلك سواء واه ابن
المواز عن مالك (مسئلة) فاذا فاته الحج بشئ مما ذكرناه فانه لا يحل دون البيت وهو بالخيار
بين أن يتم عمله بعمرة يتحلل بها ويهدي وبين أن يبقى على احرامه الى قابل والتحليل أفضل له عند مالك
(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حلت يريد والله أعلم
انه يأتي بعمرة كاملة بطوافها وسعيها بنيتها يتحلل بها ولذلك قال مالك رحمه الله ان فاته الحج يتحلل
بعمرة يستأنف لها طوافا وسعيا وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ينقلب احرامه فيصير
عمرة ويكون بطوافه وسعيه وحلاقه متطللا من العمرة لامن الحج الفائت والسبيل على ما نقله أن
احرامه بالحج لو ينقلب عمرة لكان قد انفسخ عما وقع عليه والفسخ مفسوخ بلا خلاف بيننا وبينه
ودليلنا من جهة القياس ان من انعقد احرامه بنسك لم ينقلب الى غيره كالأحرام بعمرة

(فصل) فان أدركك الحج قابلا فاحجج يقتضى وجوب القضاء عليه وقوله واهد ما استيسر من

الهدى يقتضى أن الهدى إنما ينحره في عام قابل ولا ينحره قبل ذلك قال مالك وليس له أن يقدم حتى يحج قابلاً فهديه ولا يقدمه قبل حجة القضاء وان خاف الموت قبل ذلك قال ابن القاسم ولو اعتمر قبل ذلك فنحره في عمرته رجوت أن يجزيه كما يجزيه بعد موته أن يهدى عنه وجه القول الاول ان القضاء بدل من الحج الاول والهدى جبر له فوجب أن يكون مع القضاء لانه من جنسه وبمعنى القضاء لبعضه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به (فرع) فاذا قلنا لا ينحره قبل القضاء ففعل فقد قال أصبغ ان فعل لم يجزه وقال بعض العلماء يجزيه ص * مالك عن نافع عن سليمان ابن يسار أن هبار بن الاسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى ان هذا اليوم يوم عرفة فقال عمر اذهب الى مكة فطف أنت ومن معك وانحر واهديا ان كان معكم ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا فاذا كان عام قابل فحجوا واهدوا فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع * ش قوله أن هبار بن الاسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه يريد جاء منى واستغنى عن ذكره لمعرفة السامع أن عمر بن الخطاب لا ينحر هديه يوم النحر الا بنى فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى ان هذا اليوم يوم عرفة وذلك انهم أخطوا العدة فظنوا ان يوم النحر يوم عرفة ففاتهم الوقوف بعرفة لفوات يومه لانهم وردوا منى متوجهين الى عرفة يوم النحر فلما وجدوا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجميع الحاج عنى علموا انهم أخطوا العدة وفاتهم الوقوف ولو أخطأ أهل الموسم فكان وقوفهم بعرفة يوم النحر فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انهم مضون على عملهم وينحرون هديهم من الغد ويتأخر عمل الحج كله يوما ويجزيهم ولا خلاف ان من أتى عرفة يوم النحر بعد الفجر انه قد فات الحج ولا يجوز له أن يقف بعرفة وهو يعتقد أن وقوفه في غير يوم عرفة ولو أخطأ أهل الموسم فوقفوا بعرفة يوم التروية فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يعيدون الوقوف بعرفة يوم عرفة وقد روى أبو بكر بن اللباد انه اختلف قول سحنون فيه وجه قول ابن القاسم انه لم يفت الوقوف ولا زمسه فكان عليهم اعادته

(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه اذهب أنت ومن معك الى مكة ولم يأمره بالخروج الى الحل يقتضى انه قد علم أن احرامه بالحج كان من الحل ولا يخلو الذي فاتة الحج أن يكون أحرم بالحج من مكة أو من الحل فان كان أحرم من مكة وفاته الحج قبل أن يخرج الى الحل فلا بد أن يخرج اليه ثم يدخل الى مكة فيطوف ويسعى لعمرته ويحل قاله ابن المواز وجه ذلك ما قدمناه من انه لا بد من الجمع بين الحل والحرم في النسك فن أحرم من مكة ولم يخرج الى الحل لزمه أن يخرج اليه ليتم حكمه بنسكه بالجمع بين الحل والحرم وان كان أحرم من الحل لم يلزمه أن يخرج اليه بعد الفوات والفرق بينه وبين الطواف والسعي انه لا بد أن يعيد هما العمرة التحلل من قد فاتهما للحج الذي فاتة ولا يفعل ذلك من الخروج الى الحل

(فصل) وقوله وطف أنت ومن معك أمرهم رضى الله عنه بالطواف ولا بد من السعي معه وان لم يذكره لما علم انه من توابعه ثم قال وانحر واهديا ان كان معكم يريد ان كان منهم من قيساق الهدى فلينحره على ما ساقه عليه من تطوع أو واجب وهذا ليس من هدى الفوات بسبيل انما هو هدى قلده وأشعره حين الاجرام بالحج

(فصل) وقوله رضى الله عنه ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا يريد أن عليهم أن يتحللوا ولا يكون الا

* وحدثنى مالك عن نافع عن سليمان بن يسار ان هبار بن الاسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نرى ان هذا اليوم يوم عرفة فقال عمر اذهب الى مكة فطف أنت ومن معك وانحر واهديا ان كان معكم ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا فاذا كان عام قابل فحجوا واهدوا فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع

بحلاق أو تقصير لمن أرادهم منهم واختاره وأن كان الحلاق أفضل على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى
وقوله ثم أرجعوا لم يكن على جهة الإلزام والوجوب وإنما هو على جهة إباحة الرجوع والأمر بالفضل
أو على ما علمه رضى الله عنه من حالهم أنه لا يمكنهم إلا الرجوع إلى أهلهم وأنهم لو أمر وأبغى ذلك لشق
عليهم فاعلمهم ما علمه من الأمر المباح لهم

(فصل) وقوله رضى الله عنه وإذا كان عاماً قابلاً فحجوا وأعدوا يريدانه يجب عليهم القضاء للحج
الذى فاتهم سواء كان فرضاً أو نافلة ويجب عليهم الهدى لاجل الفوات والتحلل بغير ما أحرموا به فمن لم
يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع وهذا حكم كل من وجب عليه هدى يلزمه إخراج هدى فلم
يجده فاما هدى الجزاء وفدية الأذى فليس يلزم بل هو مخير بينه وبين غيره ص قال مالك ومن
قرن الحج والعمرة ثم فاتته الحج فعليه أن يحج قابلاً ويقرن بين الحج والعمرة ويهدي هديين هدياً
لقرائته الحج مع العمرة وهدياً لمفاتته من الحج ش وهذا كما قال ابن من قرن الحج والعمرة ففاته
فان عليه أن يحج قابلاً قضاء عن الحج الذى فاتته وعلى صفته من القران ولا تسقط عنه العمرة مع الحج
في القضاء بالعمرة التى تحلل بها لان تلك ليست بالعمرة التى قرنها مع حجه لان تلك لا يصبغ التحلل
منها ولا الاتمام لها الا مع تمام الحج والتحلل منه على حسب ما قرنها به وهذه العمرة انما هى عمرة التحلل
الانزى ان من أفرد الحج ثم فاتته تحلل منه بعمرة فثبت ان عمرة التحلل غير العمرة التى قرنها بحجه

(فصل) وقوله رضى الله عنه ويهدي هديين هدياً لقرائته وهدياً لفوات الحج يريدانه يهدي في حجة
القضاء هديين هدياً للقران في ذلك العام وهدياً للفوات في العام الخالى ولم يذكر حكمه في هدى
القران عن العام الماضى الذى فاتته فيه الحج والعمرة ان كان يلزمه الدخول فيه أو يسقط عنه
بالفوات وفي كتاب ابن المواز من رواية أبي زيد عن ابن القاسم ما يدل على ان دم القران يسقط
بالفوات والتحلل بالعمرة ومن رواية ابن القاسم عن مالك انه لا يسقط وجه القول الاول انه يتحلل
بعمرة فلم يلزمه دم القران كالذى أحرم بعمرة مفردة ووجه رواية الثانية انه أحرم قارناً فلزمه حكم
القران في الدم كما لو أتم قرانه

❦ هدى من أصاب أهله قبل أن يفيض ❦

ص قال مالك عن أبي الزبير المسكى عن عطاء بن أبي رباح عن عبد الله بن عباس انه سئل عن رجل
وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة ❦ ش قوله في الذى وقع بأهله بمنى قبل
أن يفيض ينحر بدنة يقتضى على مذهب مالك أن يكون بعدارى بحجيرة العقبة أو بعد يوم النحر
وقبل الافاضة وأما أن أصابها قبل يوم النحر فقد تقدم ان المشهور من مذهب مالك ان حجه يفسد
وان كان قدر وى عنه ان عليه الهدى مع العمرة

(فصل) وقوله ينحر بدنة البدنة أرفع الهدى لان الهدى قد يكون بقرة ويكون شاة وأرفع ذلك
البدنة وخصة ههنا بالبدنة لعظم ما أتى به ص ❦ مالك عن ثور بن زيد الديلمي عن عكرمة مولى ابن
عباس قال لا أظنه الا عن عبد الله بن عباس انه قال الذى يصيب أهله قبل أن يفيض يعمر ويهدي
❦ مالك انه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول في ذلك مثل قول عكرمة عن ابن عباس ❦ قال مالك
وذلك أحب ما سمعت الى في ذلك ❦ ش قوله الذى يصيب أهله قبل أن يفيض يحمله ما قلناه قبل
هذا أن يكون قبل الرى أو بعده على التفسير الذى تقدم ذكره وقوله يعتمر ويهدي هو قول مالك

* قال مالك ومن قرن
الحج والعمرة ثم فاتته الحج
فعليه أن يحج قابلاً أو
يقرن بين الحج والعمرة
ويهدي هديين هدياً
لقرائته الحج مع العمرة
وهدياً لمفاتته من الحج

❦ هدى من أصاب أهله
قبل أن يفيض ❦

* حدثني يحيى عن مالك
عن أبي الزبير المسكى عن
عطاء بن أبي رباح عن
عبد الله بن عباس انه سئل
عن رجل وقع بأهله وهو
بمنى قبل أن يفيض فأمره
أن ينحر بدنة * وحدثني
عن مالك عن ثور بن زيد
الديلمي عن عكرمة مولى
ابن عباس قال لا أظنه

الا عن عبد الله بن عباس

انه قال الذى يصيب أهله
قبل أن يفيض يعتمر
ويهدي * وحدثني عن
مالك سمع ربيعة بن أبي
عبد الرحمن يقول في ذلك
مثل قول عكرمة عن ابن
عباس * قال مالك وذلك
أحب ما سمعت الى في ذلك

رحمه الله وهو المشهور عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه وذلك لما أدخل النقص على طوافه للأفاضة بما أصابه من الوطء كان عليه أن يقضيه بطواف سالم أحرامه من ذلك النقص ولا يصلح أن يكون الطواف في أحرام الأفي حج أو عمرة ص * وسئل مالك عن رجل نسي الأفاضة حتى خرج من مكة ورجع إلى بلاده فقال أرى أن لم يكن أصاب النساء فليرجع فليفيض وإن كان أصاب النساء فليرجع فليفيض ثم ليعتمر وليهد ولا ينبغي له أن يشتري هديه من مكة وينحصر بها ولو كان لم يكن ساقه معه من حيث اعتمر فليشتره بمكة ثم يخرج إلى الحل فليسقه منه إلى مكة ثم ينحصر بها * ش وهذا كما قال أن من نسي الطواف حتى رجع إلى بلده فلا يخلو أن يذكر ذلك قبل أن يصيب النساء أو بعدما أصاب فإن كان لم يصب النساء فلا بد من الرجوع إلى مكة لتمام الحج بالطواف ولا يجزئ عنه الدم لأنه ركن من أركان الحج (مسئلة) وإن كان قد لبس وتطيب فلا شيء عليه لذلك لأنه لما رمى جرة العقبة فقد وجد منه التحلل فلا فدية عليه بداس ولا تطيب وإن كان أصاب صيدا (مسئلة) وإن كان قد أصاب النساء فهذا واطئ قبل الأفاضة به دارمى وبعد يوم النحر فعليه أن يقدم مكة فيطوف طواف الأفاضة ثم يقضيه في عمرة لما أدخل على أحرامه من النقص بالوطء ويهدى ولو كان وطؤه بعد الطواف وقبل اركعتين في المدونة عن ابن نافع أنه كان بمكة أعاد الطواف وركع ثم يعتمر ويهدى وإن كان خرج إلى بلده فليركع اركعتين حيث كان ثم يهدى ورواه عيسى عن ابن القاسم

(فصل) وقوله ولا ينبغي له أن يشتري هديه بمكة وينحصر بها يريد أنه لا يصلح الهدى إلا أن يجمع بين الحل والحرم وذلك أن يشتري في الحل فيساق إلى الحرم أو يشتري في الحرم فيخرج إلى الحل ثم يعود إلى موضع النحر في الحرم فينحرفه وكذلك هذا لو اشتري الهدى بمكة ثم أخرجه إلى الحل ثم رده إلى مكة فنحصره بها أجزاء * والذي يمنع من ذلك أن يشتريه بمكة ثم ينحصر بها قبل أن يخرج إلى الحل (فصل) وقوله ولكنه إن لم يكن ساقه معه من حيث اعتمر يريد أن عمرته كانت من الميقات أو من الحل على حسب ما يجب أن يكون الأحرام بها من الحل لما قدمناه من أنه لا بد في النسك من الجمع بين الحل والحرم ولما كان عمل العمرة جميعه في الحرم لزم أن يكون الإهلال بها من الحل بخلاف الحج فإن معظمه وهو الوقوف بعرفة في الحل فجاز أن يحرم به من الحرم

(فصل) وقوله فليشتره بمكة ثم يخرج إلى الحل فليسقه إلى مكة فينحصر بها يريد أنه إن لم يكن معه هدى ساقه من الحل فليشتره بمكة أو حيث أمكنه من الحل والحرم لأنه ليس من شرط صحة شرائه الاختصاص بأحد الأمرين فإن اشتراه في الحرم بمكة أو غيرها فليخرج إلى الحل ليجمع فيه بين الحل والحرم لأن المنحرف في الحرم فإذا اشتراه في الحرم فلا بد من إخراجة إلى الحل ثم يرد بعد ذلك إلى المنحرف في الحرم ولو اشتري في الحل لأجزأ حاله إلى المنحرف في الحرم وخص مكة في هذه المسئلة بالنذر لأن ما هدى في العمرة لا ينحرف بمكة ولا ينحرف إلا بمكة

* ما استيسر من الهدى *

ص * مالك عن جعفر بن أبي محمد عن أبيه أن علي بن أبي طالب كان يقول ما استيسر من الهدى شاة * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول ما استيسر من الهدى شاة قال مالك وذلك أحب ما سمعت إلى في ذلك لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم

* وسئل مالك عن رجل نسي الأفاضة حتى خرج من مكة ورجع إلى بلاده فقال أرى أن لم يكن أصاب النساء فليرجع فليفيض وإن كان أصاب النساء فليرجع فليفيض ثم ليعتمر وليهد ولا ينبغي له أن يشتري هديه من مكة وينحصر بها ولكن إن لم يكن ساقه معه من حيث اعتمر فليشتره بمكة ثم يخرج إلى الحل فليسقه منه إلى مكة ثم ينحصر بها * ما استيسر من الهدى * حدثني يحيى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب كان يقول ما استيسر من الهدى شاة * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول ما استيسر من الهدى شاة * قال مالك وذلك أحب ما سمعت إلى في ذلك لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم

حرم ومن قتله منكم متعمدا الى قوله تعالى هديا بالغ الكعبة فما يحكم به في الهدى شاة وقد سماها الله هديا وذلك الذي لا اختلاف فيه عندنا وكيف يشك أحد في ذلك وكل شيء لا يبلغ أن يحكم فيه بغير أو بقرة فالحكم فيه بشاة وما لا يبلغ أن يحكم فيه بشاة فهو كفارة من صيام أو اطعام مساكين * ش قوله ما استيسر من الهدى شاة يحتمل معنيين أحدهما أن يكون هذا تفسير ما استيسر من الهدى ومعناه ومقتضاه والثاني أن يكون هذا المراد بقوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج فاستيسر من الهدى فعلم ذلك بالتوقيف أو بالدليل دون أن يختص هذا الاسم بالشاة في مقتضى اللغة ومستعمل الخطاب فإذا قلنا انه يقع عليه بعرف الخطاب جازا أن يستدل عليه بقوله يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة لان معنى ذلك أن اسم الهدى واقع على الشاة وانها أقل ما يقع عليه اسم هدى وان علمنا ذلك بدلالة من جهة التوقيف أو بالدليل فان كانت هذه اللفظة لا تختص في اللغة بالشاة لم يجز أن يحتج على ذلك بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة لان اسم المستيسر من الهدى لا يقع عليه وانما يحتج بهذه الآية على من لا يطلق على الشاة اسم الهدى وينع من ذلك وأما من يقول ان اسم الهدى ينطلق عليها وعلى غيرها فلا يحتج عليه بهذه الآية وانما يحتج عليه بعموم قوله فما استيسر من الهدى ولنظ البدن عام في كل ما يتناوله من بدن أو بقرة أو غنم ، وقد روى طاوس عن ابن عباس قال ما استيسر من الهدى كل بقدر يسارته فافتضى بهذا القول ان ما استيسر من الهدى في حق الغنى البدنة وفي حق غيره البقرة وفي حق الفقير الشاة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ما استيسر من الهدى يحتمل معنيين أحدهما ان يشير به الى أقل أجناس الهدى والثاني الى أقل صفاته فاما أقل أجناس الهدى فهو الشاة وأما أقل صفات كل جنس منها فهو ما روى عن عبد الله بن عمر انه قال البدنة دون البدنة والبقرة دون البقرة فهذا عنده أفضل من الشاة ولا خلاف نفعه في ذلك وانما كان الخلاف في هذه المسئلة ان عبد الله بن عمر كان يمنع الواجد للبدنة أو للبقرة ان يهدي الشاة اما منع تحريم أو منع كراهية وغيره ممن يخالفه يطلق الواجد ان يهدي الشاة مع وجود البدنة والبقرة ولفظ ما استيسر من الهدى يقتضى المستيسر منه على المخرج له لان المستيسر من الهدى انما يعود الى حال المخرج ان تيسر له اخراجه وتبكيكون ذلك ينصرف الى الغنى وينصرف الى التمكن وسهولة التناول وأما الادون والاقل فلفظ المستيسر فيه أظهر والاظهر في هذه المسئلة أن يقول فيه على ما تعلق به مالك من انه اذا ثبت ان اسم الهدى ينطلق على الشاة بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وانه قد وقع الاتفاق على أن الشاة يتناولها في هذه الآية اسم الهدى فان قوله تعالى فما استيسر من الهدى يتناول الشاة وغيرها مما يقع عليه اسم الهدى وانه يجوز اخراج الشاة مع وجود غيرها لان قوله تعالى فما استيسر يقتضى ما تيسر على المخرج وسهل عليه وهذا اللفظ انما يستعمل في التخفيف والتجوز عن اليسير ولو قلت لانسان افعل ما تيسر عليك لفهم منه انه يجوز عنه ما يقع عليه اسم الفعل وتعليق هذا باختياره وما هو أسهل عليه ولو لم يرد ذلك لقال فما وجد من الهدى والله أعلم .

(فصل) وقول مالك رضي الله عنه وقد سمي الله تعالى الشاة هديا وكيف يشك أحد في ذلك وكل شيء لا يبلغ أن يحكم فيه بغير أو بقرة فالحكم فيه بشاة وما لا يبلغ الشاة لم يحكم فيه بهدي يقتضى الدلالة على معنيين أحدهما ان اسم الهدى يقع على الشاة لانه اذا بلغ أن يحكم في الصيد بشاة جاز اخراجها وهذا يقتضى ان اسم الهدى يتناولها والثاني انه اذا لم يبلغ الصيد أن يحكم فيه بشاة لم يحكم فيه بهدي وهذا

حرم ومن قتله منكم متعمدا
فجزاء مثل ما قبل من
النعم يحكم به ذوا عدل منكم
هديا بالغ الكعبة أو كفارة
طعام مساكين أو عدل
صياما فما يحكم به في الهدى
شاة وقد سماها الله هديا
وذلك الذي لا اختلاف
فيه عندنا وكيف يشك
أحد في ذلك وكل شيء
لا يبلغ أن يحكم فيه بغير
أو بقرة فالحكم فيه بشاة
وما لا يبلغ أن يحكم فيه
بشاة فهو كفارة من صيام
أو اطعام مساكين

وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول (١٢) ما استيسر من الهدى بدنة أو بقرة * وحدثني

عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر ان مولاة لعمره بنت عبد الرحمن يقال لها رقية أخبرته انها خرجت مع عمرة بنت عبد الرحمن الى مكة قالت فدخلت عمرة مكة يوم التروية وأنا معها فطافت بالبيت وبين الصفا والمروة ثم دخلت صفة المسجد فقالت أمعك قمصان فقلت لا فقالت فالتمسيه لي فالتمسته حتى جئت به فأخذت من قرون رأسها فلما كان يوم النحر ذبحت شاة * جامع الهدى * حدثني يحيى عن مالك عن صدقة بن يسار المكي ان رجلا من أهل اليمن جاء الى عبد الله بن عمر وقد ضفر رأسه فقال يا أبا عبد الرحمن اني قدمت بعمره مفردة فقال له عبد الله بن عمر لو كنت معك أو سألتني لأمرتك أن تقرن فقال اليماني قد كان ذلك فقال عبد الله بن عمر خذ ما تطاير من رأسك واحذف قالت امرأة من أهل العراق ماهديه يا أبا عبد الرحمن قال هديه قالت ماهديه فقال عبد الله بن عمر لو لم أجد الا أن أذبح شاة لكان أحب الي من أن أصوم * ش قوله ان السائل سأله ابن عمر وقد ضفر رأسه وهو نوع من التلبيد فقال اني قدمت بعمره فكره عبد الله بن عمران يحلق واختار أن يكون الحلق في الحج فقال لو كنت معك لأمرتك أن تقرن لأنه كان يجمع بين العمرة والحج ويحلق لها مرة واحدة فكان ذلك أحب اليه من أن يحلق رأسه في العمرة ولا يجسد شعره يحلقه في حجه وقد روى عن مالك في المختصر فبين قدم معتمر يوم التروية لا يحلق ويقصر ويلبذ في الحج قال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك ليبقى له من الشعر ما يحلقه يوم النحر فلذلك رأى التقصير أفضل (فصل) وقول اليماني قد كان ذلك يريد انه قد فات أمر القران بفوات محل الاردا في تمام الطواف والسعي ولذلك لم يأمره عبد الله بن عمر بشئ غير التقصير ولم يذكر طوافا ولا سعيافا ذلك على انه قد فهم من اليماني انه قد كان أكمل الطواف والسعي فلم يبق الا أن يشير عليه بأفضل ما يراه في هذه الحال التي قد فات فيها القران (فصل) وقول عبد الله بن عمر ان حلق ما تطاير من رأسك يريد ما عاين من الشعر عن التقصير وهذا لا يصح عند مالك في التقصير ولا يجوز له الا لاخذ من جميع الشعر بل لا يجزئ من ضفر التقصير ولا

عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر ان مولاة لعمره بنت عبد الرحمن يقال لها رقية أخبرته انها خرجت مع عمرة بنت عبد الرحمن الى مكة قالت فدخلت عمرة مكة يوم التروية وأنا معها فطافت بالبيت وبين الصفا والمروة ثم دخلت صفة المسجد فقالت أمعك قمصان فقلت لا فقالت فالتمسيه لي فالتمسته حتى جئت به فأخذت من قرون رأسها فلما كان يوم النحر ذبحت شاة

* جامع الهدى *

* حدثني يحيى عن مالك عن صدقة بن يسار المكي ان رجلا من أهل اليمن جاء الى عبد الله بن عمر وقد ضفر رأسه فقال يا أبا عبد الرحمن اني قدمت بعمره مفردة فقال له عبد الله بن عمر لو كنت معك أو سألتني لأمرتك أن تقرن فقال اليماني قد كان ذلك فقال عبد الله بن عمر خذ ما تطاير من رأسك واحذف قالت امرأة من أهل العراق ماهديه يا أبا عبد الرحمن فقال هديه قالت ماهديه فقال عبد الله بن عمر لو لم أجد الا أن أذبح شاة لكان أحب الي من أن أصوم

* جامع الهدى *

يجزئه الاخلاق ولكنه لعلة قد أمره بنقص ما ضفر منه ثم حينئذ يأخذ ما زاد من شعره على المشط أو على ما يبقية التقصير واما ان حل على ظاهره فعنده يجوز التقصير بأخذ بعض الشعر وعند مالك غير مجزئ وسيأتي ذكره وبيان حكمه في موضعه ان شاء الله

(فصل) وقوله واهد يجهل أن يردهدى التمتع لانه اعتمر في أشهر الحج وهو يريد أن يحج من عامه فلزمه هدى التمتع ويجهل أن يكون أمره من التقصير بأكثر ما يقدر عليه وان لم يكن مجزئاً عنه ثم أمره مع ذلك بالهدى لما أخره من الخلاق أو التقصير المجزئ وقد قال مالك في العتبية فمن أتم عمرته ثم أحرم بالحج ثم ذكر انه لم يقصر فعليه هدى لذلك مع هدى التمتع فقالت امرأة عراقية ما عدي به يا أبا عبد الرحمن يحتمل قولها أحداً من أحد أن تسأله عن هدى من أتى بمثل ذلك في الجملة والثاني أن تسأله عن هدى ذلك الرجل خاصة في مثل يساره وحاله فتوقف عن الجواب لاختياره لدى اليسار البدنة أو البقرة ولعله قدر رأى من حال ذلك الرجل أنه يده لا تتسع لذلك فكره أن يفتي بالشاة فيتعلق بذلك من يقدر على البدنة أو البقرة فلما كررت عليه السؤال تعين عليه الجواب اما لانه رأى ان المرأة ممن يجب تعليمها مثل هذا الحكم ولعلها قد نزل بها مثل ذلك في خاصة نفسها ولانه خاف فوات اليماني ومغيبه عنه من قبل أن يعلم ما حكمه فقال لولم أجداً لأن أذبح شاة لكان أحب الي من أن أصوم فصرح بجواز ذبح الشاة في مثل ذلك لمن لم يجد غير ذلك وانه أحب اليه من الصوم وأحب هاهنا وان كان لفظه لفظ الاستحباب فظاهره الوجوب بالاتفاق على انه لا يجوز الانتقال الى الصوم الا عند عدم ما يجزئ من الهدى ويجهل أن يردهدى بذلك التشدد في الفضيلة والمنع مما هو عنده أقل الهدى لدى اليسار والله أعلم وقد قال مالك في الموازية لم يقدر على الخلاق ولا التقصير من وجع به فعليه بدنة فان لم يجد بقرة فان لم يجد فشاة فان لم يجد صام ثلاثة أيام وسبعة وقال الشيخ أبو بكر انما قال ذلك لان البدنة أفضل الهدى وأنفع للساكنين فاستحب مالك أن يأتي بالبدنة اذا وجد من لم يجد بقرة فان لم يجد فشاة وذلك أدنى الهدى ومعنى ذلك على ما قاله الشيخ أبو بكر الاستحباب لا على معنى انه لا تجزئ الشاة عن البدنة وعلى هذا يمكن أن يحمل قول ابن عمر والله أعلم ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها وان كان لها هدى لم تأخذ من شعرها شيئاً حتى تنحر هديها * ش قوله المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها يحتمل قوله اذا حلت وجهين أحدهما اذا بلغت من نسكها موضع الاحلال للتقصير وهذا يكون في الحج والعمرة والثاني اذا حلت برمي الجارفانه نوع من الاحلال وهذا احلال مختص بالحج فنهاها عن أن تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها ومعناه أن تقصر فتأخذ من قرون شعر رأسها وأما منعها من الامتشاط قبل أن تقصر فلا يخلو أن تكون معتمرة أو حاجة فان كانت معتمرة فقد قال ابن القاسم في الموازية ليس للحرم المعتمر أن يغسل رأسه قبل أن يحلقه أو يقتل شيئاً من الدواب أو يلبس قميصاً بعد تمام السعي وأما في الحج فان ذلك مشروع قال مالك في الموازية ومن الشأن أن يغسل رأسه بالغسل والخطمي حين يريد أن يحلق ولا بأس أن يتنور ويقتص أظفاره ويأخذ من شاربه وحيتته قبل أن يحلق وإنما كره ذلك للمعتمر لان التقصير والخلاق بهما يتحل لالقاء التفث وبه يتبين أنه

(فصل) وقوله حتى تأخذ من قرون رأسها يقتضى استيعاب ذلك بالتقصير دون الاقتصار على التقصير من بعضه دون بعض وهو الواجب عند مالك وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

* وحدثنى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول المرأة المحرمة اذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها وان كان لها هدى لم تأخذ من شعرها شيئاً حتى تنحر هديها

(فصل) وقوله فان كان له هدى لم تأخذ من شعرها حتى تنحر هديها يريد أن النحر مقدم على الخلاق والاصل في ذلك قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله ص * مالك انه سمع بعض أهل العلم يقول لا يشترك الرجل وامرأته في بدنة واحدة ليهلك واحد منهما بدنة بدنة * ش قوله لا يشترك الرجل وامرأته في بدنة على وجه الاخبار عن أن ذلك ممنوع غير مجزئ ولا مشروع وقد تقدم كذا في ذلك وانما خص الرجل وامرأته بالمتع من ذلك لان الرجل يجوز له أن يشرك امرأته في الاضحية وان لم يجزله أن يشرك أجنبية فالمانع على انه لا يجوز للرجل أن يشرك امرأته في الهدى كان فيه تنبيه على ان امتناع ذلك في الاجنبية أولى مع ما في ذلك من التفريق بين الهدى والاضحية في هذا الحكم وقد تقدم ذكره بما يغني عن اعادته

(فصل) وقوله ليهلك واحد منهما بدنة بدنة يريد أن حكمهما في ذلك حكمه وان هدى كل واحد منهما بدنة كاملة سالمة من المشاركة فيها وفي ذلك تنبيه على ان هذا أقل ما يجب أن ينفرد به كل واحد منهما من جنس الهدى لانه لما منع الاشتراك ثم أباح لكل واحد واحد كاملة اقتضى ذلك ان هذا أقل الهدى وبين أيضا ان الانفراد بالهدى حكم البدن وغيره لثلاثين ظان انه يجوز الاشتراك في البدن وان لم يجز في الغنم والله أعلم ص * قال يحيى مثل مالك عن بعث معه هدى ينحره في حج وهو مهمل بعمره هل ينحره اذا حل أم يؤخره حتى ينحره في الحج ويحل هو من عمرته فقال بل يؤخره حتى ينحره في الحج ويحل هو من عمرته * ش قوله عن بعث معه هدى لينحره في حج يقتضي ان لبعثه في الحج تأثيرا يمنع من نحره في غيره قال مالك وبعث الرجل بهديه مع حاج أو معتمر فان بعث به مع غير معتمر لم أر به بأسا وأجزأ عنه ومعنى ذلك انه لا تعلق للهدى بنسك الحامل له وانما تعلقه بالوجه الذي أمر أن يذبحه عليه فن بعث معه هدى لينحره في الحج فالتابع به معه لثلاثين ينحره قبل أيام مني فاذا أخذه على ذلك فعليه الوفاء بما عاهد عليه والزم فعله وهل يختص ذلك بحج الذي أرسل معه أو بحج الناس * قال القاضي أبو الوليد لم أرفيه نصا وعندى انه انما يتعلق ذلك بحج الناس فعلى الحامل للهدى أن يقف به بعرفه وينحره مع الناس يوم النحر يعني حج هو أو لم يحج ولذلك قال مالك في هذه المسئلة لا ينحره الا في الحج ولم يتعلق ذلك بحججه قال ويحل هو من عمرته يريد انه دخل بعمره لكن الهدى الذي أرسل معه انما أرسل معه على أن ينحره في الحج (مسئلة) ولو أن باعث الهدى لينحره في حج خرج معتمرا فأدركه أخر حتى ينحره في الحج ورواه محمد عن مالك ووجه ذلك انه لما قلدوا وجب على النحر في الحج لم يمنع من ذلك ولا غير هذا الحكم الذي أوجب فيه ادراكه له كما لو قلده على أن ينحره في الحج ودخل متمتع كان حكمه أن لا ينحر في عمرته وكان عليه أن يؤخره حتى ينحره في حجه ص * قال يحيى قال مالك والذي يحكم عليه بالهدى في قتل الصيد أو يجب عليه هدى في غير ذلك فان هديه لا يكون الا بمكة كما قال الله تبارك وتعالى هديا بالغ الكعبة فأما ما عدل به الهدى من الصيام أو الصدقة فان ذلك يكون بغير مكة حيث أحب صاحبه أن يفعل فعله

* وحدثني عن مالك انه سمع بعض أهل العلم يقول لا يشترك الرجل وامرأته في بدنة واحدة ليهلك واحد بدنة بدنة * وشئ مالك عن بعث معه هدى ينحره في حج وهو مهمل بعمره هل ينحره اذا حل أم يؤخره حتى ينحره في الحج ويحل هو من عمرته فقال بل يؤخره حتى ينحره في الحج ويحل هو من عمرته * قال مالك والذي يحكم عليه بالهدى في قتل الصيد أو يجب عليه هدى في غير ذلك فان هديه لا يكون الا بمكة كما قال الله تبارك وتعالى هديا بالغ الكعبة وأما ما عدل به الهدى من الصيام أو الصدقة فان ذلك يكون بغير مكة حيث أحب صاحبه أن يفعل فعله

وقف به في عرفة فوجب أن ينحرف في أيام منى كهدي المتعة (مسئلة) فإن نحره بمنى أو بمكة فأراد أن يطعم منه مساكين الحل بأن ينقل ذلك اليهم جاز ذلك فيما حكاه القاضي أبو الحسن عن مالك وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يفرقه إلا في الحرم والدليل على ما نقوله أن هذا هدي جزاء الصيد فجاز أن يصرف إلى فقراء الحل أصل ذلك إذا دفع اليهم في الحرم وأيضا فقد صار بالحر طعما فبطل اختصاصه بأهل الحرم

(فصل) وقوله وأما ما عدل به الهدى من الصيام أو الصدقة فإن ذلك يكون بغير مكة حيث أحب صاحبه يقتضي هذا أن له أن يأتي بالصيام والاطعام حيث شاء من البلاد مكة أو غيرها فأما الصيام فلا تأثير للبلاد والمواضع والأزمان فيه ولذلك من أفطر رمضان بمكة وفي الصيف جاز له أن يقضيه في الشتاء وفي كل بلد ولا خلاف في ذلك نعرفه (مسئلة) وأما الاطعام فقد قال مالك في الموطأ وغيره أن ذلك يكون بغير مكة حيث شاء صاحبه ولم يذكر صفة الاخراج بغير مكة وقد اتفق أصحابنا على جواز الاخراج بغير مكة وإن اختلفوا في كيفية الاخراج وبما قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يفرق الطعام إلا في الحرم والدليل على ما نقوله أن هذا الطعام يدل عن نسك فجاز إخراج بغير مكة كندية الأذى (مسئلة) إذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب لا يطعم الطعام إلا بموضع أصاب الصيد فيه ومأقار به حيث يجد المساكين ومعنى ذلك أن يقوم بسعر ذلك المكان ويستحب إخراج فيه لما قد مناه وقد قال ابن حبيب إن كان ببلد بسعره بالخراج أو أرخص اشتري بثلث الطعام حيث يصاب الصيد فأخرج ذلك الطعام وإن كان ببلد بالخراج أغلى أخرج ثلث المسكيلة ونحوه روى ابن المواز وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في العتية أنه يخرج قيمة الطعام الذي حكم به عليه حيث أصاب الصيد فليشتري به طعاما كان السعر ببلد الشراء أرخص أو أغلى ونحوه روى عن أصبغ ص مالك عن يحيى بن سعيد عن يعقوب بن خالد الخزوي عن أبي أسامة مولى عبد الله بن جعفر أنه أخبره أنه كان مع عبد الله بن عمر فخرج معه إلى المدينة فمروا على حسين بن علي بن أبي طالب وهو مريض بالسقياء فأقام عليه عبد الله بن جعفر حتى إذا خاف الفوت خرج وبعث إلى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عيسى وهما بالمدينة فقدما عليه ثم إن حسين أشار إلى رأسه فأمر على رضي الله عنه برأسه فحلق ثم نسك عنه بالسقياء فصر عنه بعيرا قال يحيى بن سعيد وكان حسين خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك إلى مكة ش قوله أنهم مروا على حسين بن علي وهو مريض بالسقياء وهو موضع بين مكة والمدينة وهو من المدينة ومقام عبد الله بن جعفر عليه يقتضي أنه كان يرجو أن يقوى على التوجه معه ولذلك لما أيس أن يدركه مع الحج وخاف الفوات أرسل إلى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عيسى يعلم ما بحاله ولم يرسل اليهما قبل ذلك لما رجا من صحته وقوته على إكمال نسكه وبمقتضى أن يكون حسين رضي الله عنه توقف على أن يحل لما اعتقد أنه لا يحل له إلا البيت أولانه رجاء القوة على الوصول قبل فوات الحج وقد اختلف العلماء في ذلك فذهب مالك والشافعي إلى أن المحصر يمرض لإحلال البيت وقال أبو حنيفة هو كالمحصر بعد ويتحل حيث أحصر والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهذا عام إلا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس أن هذا التحلل لا يستفاد به التخلص من أذى فوجب أن لا يجوز أصله إذا ضل في طريقه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فسواء شرط في إحرامه أن يحل به حيث حبسه المرض أو لم يشترط ذلك لا يحل إلا البيت وقال الشافعي إن شرط ذلك حل بالمرض والدليل على ما نقوله أن كل معنى لا يخرج به من العبادة بغير

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن يعقوب بن خالد الخزوي عن أبي أسامة مولى عبد الله بن جعفر أنه أخبره أنه كان مع عبد الله بن جعفر فخرج معه من المدينة فمروا على حسين بن علي وهو مريض بالسقياء فأقام عليه عبد الله بن جعفر حتى إذا خاف الفوت خرج وبعث إلى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عيسى وهما بالمدينة فقدما عليه ثم إن حسين أشار إلى رأسه فأمر على رضي الله عنه برأسه فحلق ثم نسك عنه بالسقياء فصر عنه بعيرا قال يحيى بن سعيد وكان حسين خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك إلى مكة

شرط فانه لا يخرج به بالشرط أصل ذلك الكسل (مسئلة) ومن أحصر بمرض ففاته الحج فليحل بعمل العمرة وعليه الهدى ولا يجوز ذبحه الا بمكة أو منى قاله القاضي أبو الحسن. وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ينحره حيث أحصر في حل كان أو حرم والدليل على ما نقوله قوله تعالى والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير إلى قوله ثم محلها إلى البيت العتيق وقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وهذا يقتضى بلوغه إلى مكة لانه قال في الآية الأولى ثم محلها إلى البيت العتيق.

(فصل) وقوله ثم أن حسيناً أشار إلى رأسه يريدانه تأذى بشعره أو بهوام في رأسه فأمر على رضى الله عنه برأسه فحلق وذلك يقتضى ان لكل من به أذى من رأسه أن يحلق ويفتدى والا صل في ذلك قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وقد ورد حديث كعب بن عجرة بتفسير ذلك وسيأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى.

(فصل) وقوله ثم نسك عنه بالسقيا وهو موضع غلب عليه وأقام فيه وفدية الأذى جائز أن ينحرها بكل موضع لأنها ليست بهدى فيكون لها تعلق بالبيت وانما هو نسك لا يقبل ولا يشعر ولا يحتاج أن يجمع له بين الحل والحرم فله ينحره حيث شاء والدليل على ذلك ان هذا دم ورد الشرع فيه بلفظ النسك فلم يختص بالحرم كالعقيقة والأضحية ولا يجوز أن يدعى ان البعير الذى ينحره على بن أبي طالب رضى الله عنه التحلل بذلك الموضع لوجوه أحدها ان أباحنيفة الذى يبيح التحلل في موضع المرض لا يرى أن ينحر الهدى الا بمكة والشافعي الذى يجيز التحلل بالشرط ويرى ان من نحر الهدى حيث يحل لا يمكنه أن يعلم أنه اشترط التحلل ولا علمنا أحداً عمل به وقد روى عن الزهري انه قال لم يقل أحداً بالشرط على أنه لو سلم له هذا فان على بن أبي طالب رضى الله عنه اشترى ما نحر عنه حيث ينحره روى ذلك حماد بن زيد ولم يقلده ولا أشعره وهذا يدل على انه لم يكن هدياً سابقاً وانما كان دم فدية الاذى ولكنه اختار اخراج الأفضل وهو جائز عندنا وانما يجزى من ذلك الشاة ومن أخرج بدنة أو بقرة أجزأته بل ذلك أفضل.

(فصل) وقول يحيى بن سعيد وكان حسين قد خرج مع عثمان بن عفان في سفره ذلك يريد خرج معه في توجيه الحج وقد روى سفيان بن عيينة عن يحيى بن سعيد أنه قال مرض حسين بالعرج فتعامل فلما بلغ السقيا اشتد به المرض فحصى عثمان وبقى هو بالسقيا

✽ الوقوف بعرفة والمزدلفة ✽

ص ✽ مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر ✽ ش قوله صلى الله عليه وسلم (١) عرفة كلها موقف يريد أن لا يختص بعضها بهذا الحكم دون بعض وان من وقف في أى موضع شاء منها فقد أجزأه ذلك من الوقوف بعرفة لثلاث تضايق الناس بموضع وقوف النبي صلى الله عليه وسلم وقد قال عمر بن الخطاب يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا أنفسكم ولا تهلكتوا أنفسكم على هذا المكان فان عرفة كلها موقف فهذا في الجواز وان كنا نستحب الوقوف في ذلك الموضع وما يقرب منه تبركاً بالنبي صلى الله عليه وسلم وقد قال ابن حبيب وحيث يقف الامام أفضل وقد قال ابن المواز عن مالك ليس في موضع من ذلك فضل اذا وقف مع الناس ومن تأخر عن الناس فوقف دونهم أجزأه قال ابن المواز اذا ارتفع عن بطن عرنة

✽ الوقوف بعرفة

والمزدلفة ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك

أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر

(١) قال الشيخ أبو اسحق

عرفة كل سهل وجبل أقبل على الموقف فيما بين التلعة التي تلى طريق نعمان والتي تقضى إلى حصن وما أقبل من كبكب إلى عرفة اه

* حدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن عبد الله بن الزبير أنه كان يقول اعلّموا أن عرفة كلها موقف الا بطن عرنة وان المزدلفة كلها موقف الا بطن محسر * قال مالك قال الله تبارك وتعالى فلا رقت ولا فسوق ولا جدال في الحج قال فارقت اصابة النساء والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أحل لكم ليلة الصيام ارفثا الى نسائك قال والفسوق الذبح للانصاب والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أوفسقا أهل لغير الله به قال والجدال في الحج أن قريشا كانت تقف عند المشعر الحرام بالمزدلفة بقرح وكانت العرب وغيرهم يقفون بعرفة فكانوا يتجادلون يقول هؤلاء نحن أصوب ويقول هؤلاء نحن أصوب فقال الله تعالى ولكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه فلا ينازعنك في الامر وادع الى ربك انك لعلى هدى مستقيم فهذا الجدال في الحج فيأري والله أعلم وقد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ارتفعوا عن بطن عرنة فكلوا من جلة ما يقع عليه اسم عرفة فيكون ذلك استثناء مما عظمه بقوله عرفة كلها موقف فكأنه قال صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف الا بطن عرنة على حسب ما قال ابن الزبير بعد هذا ويؤيد هذا التأويل أنه لم يمد عرفة من غير جهة عرنة واقتصر على أن يكون الموقف يختص بالموضع الذي يتناولها هذا الاسم فدل ذلك على انه احتاج الى استثناءها كالمستثنى من عرفة من سائر الجهات وان كنا نعلم انه لا يجوز الوقوف به ويحتمل أن تكون عرنة ليست من عرفة ولا يتناولها اسمها فيكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم ارتفعوا عن بطن عرنة على معنى قصر هذا الحكم على عرفة وما قرب منها ولذلك قال ارتفعوا عن بطن عرنة مع قربها من عرفة وقد قال مالك في الموازية بطن عرنة هو واد في عرفة يقال ان حائط مسجد عرفة القبلي على حده لو سقط ما سقط الا فيه وقدر روى ابن حبيب أن عرفة في الحل وعرنة في الحرم وبطن عرنة الذي أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالارتفاع عنه هو بطن الوادي الذي فيه مسجد عرفة قال في الموازية من وقف بالمسجد فقد خرج عن بطن عرنة ولكن الفضل بقرب الامام وقال ابن القاسم ليس الوقوف له بمحسر وقدر روى ابو القاسم بن الجلاب انه لا يجوز الوقوف ببطن عرنة قيل فان فعل حتى دفع قال لأدرى وقد قال ابن عبد الحكم قال أصبح لاحج له ورآه من بطن عرنة قال مالك لا أحب أن يقف على جبال عرفة ولكن مع الناس (فصل) وقوله والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر على مثل ذلك يحتمل من التأويل ما تقدم في قوله صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة وقال ابن المواز كان الناس يستحبون الوقوف على الجبل الذي يقف عليه الامام وقال ابن حبيب ويقف الامام حيث المنارة التي على قرح والمشعر ما بين جبلي المزدلفة ويقال لها أيضا جع قال ابن حبيب ما بين الجبلين موقف قال ابن أبي نجيح ما صلب من محسر في المزدلفة فهو منها وما صلب منه في منى فهو منها (مسألة) وقد قال أشهب يستحب الوقوف بالمزدلفة مع الامام وروى ابن المواز عن ابن القاسم انما لا يقف بالمشعر بعد دفع الامام من بابها أو وقف معه وأما من أتى بعد العجزة فليقف ما لم يسفر جسدا وان دفع الامام ص * مالك عن هشام بن عروة عن عبد الله بن الزبير أنه كان يقول اعلّموا أن عرفة كلها موقف الا بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر * ش قوله اعلّموا أن عرفة كلها موقف الا بطن عرنة على سبيل الاجتهاد في تعليم هذا الحكم والمبالغة في تبيينه وقوله الا بطن عرنة أظهر في أحد التأويلين وهو أن تكون عرنة من عرفة ومحسر من المزدلفة ولذلك استثناءها من جلة ما أباح به الوقوف له من عرفة والمزدلفة وقد يجوز عندنا أن يكون استثناء من غير الجنس فتكون عرنة من غير عرفة ومحسر ليس من المزدلفة الا ان الأول أظهر فاذا قلنا بجواز ذلك وخلناه على انه استثناء من غير الجنس فعناه الآن بطن عرنة على قربها من عرفة لا يجوز الوقوف به تعديدا للمكان الوقوف وتعذيرا من أن يجري أحدا مقرب من عرفة مجرى عرفة ص * قال مالك قال الله تبارك وتعالى فلا رقت ولا فسوق ولا جدال في الحج قال فارقت اصابة النساء والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أحل لكم ليلة الصيام ارفثا الى نسائك قال والفسوق الذبح للانصاب والله أعلم قال الله تبارك وتعالى أوفسقا أهل لغير الله به قال والجدال في الحج ان قريشا كانت تقف عند المشعر الحرام بالمزدلفة بقرح وكانت العرب وغيرهم يقفون بعرفة فكانوا يتجادلون يقول هؤلاء نحن أصوب ويقول هؤلاء نحن أصوب فقال الله تبارك وتعالى ولكل أمة جعلنا منسكا هم ناسكوه فلا ينازعنك في الامر وادع الى ربك انك لعلى هدى مستقيم فهذا الجدال في الحج فيأري والله أعلم وقد

سمعت ذلك من أهل العلم * ش الذي ذكره مالك في تأويل الآية هو قول جماعة من أهل العلم فأما
الرفث فقال مالك أنه أصابة النساء يريد بذلك الجماع وقدرى ذلك عن ابن عمر وابن عباس واحتج
مالك على ذلك بآية الصوم ولا خلاف أن الرفث في آية الصوم أصابة النساء وأما في آية الحج فقد قيل
أنه الجماع وقال عطاء هو الجماع وما دونه من قول الفحش وروى طاوس عن ابن عباس أن
الرفث في آية الحج الإغراء به وهو التعريض للنساء بالجماع

(فصل) وأما الفسوق فقد قال مالك أنه الذبح للإصايب واستدل على ذلك بقوله تعالى أوفسقا أهل
لغير الله به وتروى مجاهد عن ابن عمر رحمه الله أنه قال الفسوق السباب وقال ابن عباس الفسوق
المعاصي وقد قال ربيعة الفسوق قول الزور وإنما قصد مالك رحمه الله إلى الاستدلال بالقرآن لأنه
قد ورد لفظ الفسوق فيه والمراد به الذبح للإصايب والحج مما شرع فيه الذبح وارقة الدماء فخص
بالتنهي عن ذلك وإن كان قد نهى عن المعاصي جملة * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ولا يمتنع عندي
أن يكون الفسوق في الآية كل ما يفسق به من المعاصي والذبح للإصايب من جملة ذلك

(فصل) وأما الجدال فذهب مالك إلى أنه الجدال في الموقف يوم عرفة وبه قال ربيعة وقال ابن عمر
وابن عباس الجدال المراءاة ابن عباس أن تمارى صاحبك حتى تغضبه وقال القاسم بن محمد هو
قول بعضهم الحج اليوم وقول بعضهم الحج غدا وإنما ذهب مالك إلى تخصيص الاختلاف بهذا المعنى
دون غيره من وجوه الجدال لأنه حل قوله تعالى ولا جدال في الحج على المنع من الجدال في أمر الحج
خاصة ولا يمتنع حل الآية على عمومها إلا أن يدل الدليل على التخصيص فيكون الرفث الجماع وكل
قيح من الكلام والفسوق كل معصية والجدال كل مراءاة ممنوع منه فهذا كله وإن كان ممنوعاً في
غير الحج إلا أنه يتأكد أمره في الحج

* وقوف الرجل وهو غير طاهر ووقوفه على دابته *

ص * قال يحيى سئل مالك هل يقف أحد بعرفة أو بمزدلفة أو رمى الجمار ويسعى بين الصفا والمروة
وهو غير طاهر فقال كل أمر تصنعه الحائض من أمر الحج فإرجل يصنعه وهو غير طاهر ثم لا يكون
عليه في ذلك شيء ولكن الفضل أن يكون الرجل في ذلك كله طاهراً ولا ينبغي له أن يتعمد ذلك *
ش قوله كل شيء تفعله الحائض من أمر الحج فإرجل يفعل به وهو غير طاهر كلام بين لأن الحائض
معدية حدثاً كبيراً فإذا جاز لها أن تفعل سائر المناسك دل ذلك على أن المحدث والجنب يفعل به
بدليل أن ما شترط الطهارة في صحتها لا تفعله الحائض من الطواف وأما ما لا يشترط الطهارة
في صحتها من الوقوف بعرفة أو بالمزدلفة أو رمى الجمار أو السعى بين الصفا والمروة ففعل الحائض له
وأجزأوه عنها مع حديث دليل على أن المحدث والجنب يصح منهما فعله غير أنه قال فإرجل يفعل به وهو

غير طاهر وهذا اللفظ يقع على المحدث ويقع على الجنب ويحتمل أن يريد هماً أو يريد أحدهما
(فصل) وقوله ثم لا شيء عليه يحتمل أن يريد بذلك لأقضاء عليه ويحتمل أن يريد لأقضاء ولا
جبران وقدرى ابن حبيب عن مالك من حفزه غائط أو بول في السعي فليقض حاجته ويتوضأ
ثم يتم سعيه وقال مالك في العتية من أحدث في سعيه فبأدى فلا إعادة عليه وأحسن من ذلك لو توضأ
وتم سعيه وروى أشهب عن مالك أن حاضاً أمر أنه بعداز كوع سعت وأجزأنا وبالجملة أن جميع
أفعال الحج يفعلها غير الطاهر ما خلا الطواف والأصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها أنها
قالت قدمت مكة وأنا حائض ولم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك إلى الرسول صلى

سمعت ذلك من أهل العلم
* وقوف الرجل وهو
غير طاهر ووقوفه
على دابته *

سئل مالك هل يقف
الرجل بعرفة أو بالمزدلفة
أو يرمى الجمار أو يسعى
بين الصفا والمروة وهو
غير طاهر فقال كل أمر
تصنعه الحائض من أمر
الحج فإرجل يصنعه وهو
غير طاهر ثم لا يكون
عليه شيء في ذلك ولكن
الفضل أن يكون الرجل
في ذلك كله طاهراً ولا
ينبغي له أن يتعمد ذلك

الله عليه وسلم فقال افعل كما يفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت حتى تطهرى

(فصل) وقوله والفضل أن يكون أرجل طاهر في ذلك كله يريد أنه أفضل لأنه مما شرعت فيه الطهارة استحبابا وقدرى ابن وهب عن مالك واستحب بعض العلماء التطهير للسعى ولرمى الجمار ولو قوف عرفة ومزدلفة ومن لم يشعل فلا شيء عليه وهذا الغسل إنما هو غسل للتنظيف كغسل الجمعة وغسل دخول مكة ولكنه يقوى أن الطهارة مشروعة لهذه المناسك مع نظافة الاعضاء فلذلك قال ولا ينبغي لأحد أن يتعمد ذلك أى ولا ينبغي له أن يتعمد الوقوف على غير طهارة وقال ابن الماجشون ص **قال يحيى** وسئل مالك عن الوقوف بعرفة للراكب أن ينزل أم يقف راكبا فقال بل يقف راكبا إلا أن يكون به أو بدابته علة فأنه أعذر بالعدر **ش** قوله بل يقف راكبا على وجه الاستحباب للوقوف على الرحلة والاصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وقف على بعيره وقد تقدم من حديث أم الفضل بنت الحارث ويحتمل ذلك معنيين أحدهما طلب القوة والاستطهار على الدعاء والثاني أن الانفاق مشروعة في الحج وله تعلق بالمال وقطع السفر كالجهاد (فصل) وقوله إلا أن يكون به أو بدابته علة فأنه أعذر بالعدر يريد والله أعلم أن الركوب أفضل لصاحب الرحلة وإن لم يكن شرطا في صحة الوقوف وإنما هو على معنى الاستحباب فإن عاقبه عذر منعه كان العذر به أو بدابته فهو معذور في تركه المستحب واقتصاره على الادون (مسألة) إذا ثبت ذلك فن وقف غير راكب فليكن وقوفه للدعاء قائما فإذا عصى فليجلس قاله مالك وقال الشيخ أبو اسحاق الماشي يقف قائما أو جالس كل بقدر طاقته ووجه ذلك أنه أبلغ في التضرع والرغبة والخضوع وأما الراكب فترك الحال، أبلغ حاله (مسألة) قال ابن حبيب فإذا ذهبت دعوت فاستقبل القبلة بالخشوع والتواضع والتبذل وكثرة الذكر بالتهليل والتكبير والتمجيد والتحميد والتسبيح والتعظيم والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء لنفسك ولو الديك والاستغفار وقال الشيخ أبو اسحاق يكثر من قول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وأراه ذهب الى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ما قلته أنا والنبيون من نبلي لا اله الا الله وحده لا شريك له

وقوف من فاته الحج بعرفة

وسئل مالك عن الوقوف بعرفة للراكب أن ينزل أم يقف راكبا فقال بل يقف راكبا إلا أن يكون به أو بدابته علة فأنه أعذر بالعدر
وقوف من فاته الحج بعرفة
حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاتته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة مسن قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج
وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال من أدركه الفجر من ليلة المزدلفة ولم يقف بعرفة فقد فاتته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج

ص **مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاتته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج**
مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال من أدركه الفجر من ليلة المزدلفة ولم يقف بعرفة فقد فاتته الحج ومن وقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج **ش** قوله من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاتته الحج يقتضى معنيين أحدهما أن يرد أن هذا آخر ما يدرك به الوقوف وإن كان يجوز الوقوف قبله ويجزأ به والثاني أن يقصد تبين زمان الوقوف فيكون معناه أن لم يقف ليلة المزدلفة بعرفة فلا وقوف له وقد فاتته الحج وإن كان قد وقف قبل ذلك لأن ما قبل ذلك ليس بزمان لفرض الوقوف وإن كان زمانا لنافته وهذا الوجه هو الأظهر في اللفظ لتعليقه الحكم على الليلة وقد ذهب مالك الى أن الوقوف لا يجزى بالنهار ولا بد من الوقوف بالليل والأفضل عنده أن يقف نهارا وليلا وقال أبو حنيفة والشافعي الاعتماد على الوقوف بالنهار من يوم عرفة من وقت زوال الشمس الى الغروب والوقوف بالليل تبع فن وقف جزأ من

النهار أجزأه ومن وقف جزأ من الليل أجزأه ويقولون مع ذلك ان من وقف جزأ من النهار دون الليل فعليه دم ومن وقف جزأ من الليل دون النهار فلا دم عليه والدليل على ما نقوله حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حين غاب القرص وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب لاسيما في الحج وتقال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم ودليلنا من جهة القياس ان هذان من يصح صومه فلم يكن محال لفرض الوقوف أصل ذلك أول النهار (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمستحب من الوقوف أن يصلى باثر الزوال الطهر والعصر ثم يتصل بذلك الرواح الى الموقف فيتصل وقوفه به الى غروب الشمس فاذا غربت الشمس دفع وقد جمع بين النفل والفرض فان دفع قبل الغروب الا انه لم يخرج من عرفة الا بعد الغروب ففي كتاب ابن المواز عن مالك عليه الهدى وان خرج من عرفة قبل الغروب ثم رجع الى عرفة قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج وان لم يرجع فقد فاتته الحج وعليه حج قابل والهدى ومن وقف بعرفة ليلا وترك الوقوف نهارا اختار فقد روى الشيخ أبو القاسم عليه الدم وهذا يقتضى وجوبه وان لم يكن ركنا من أركان الحج بانفراده ص ﴿ قال مالك في العبد يعتق في الموقف بعرفة فان ذلك لا يجزئ عنه من حجة الاسلام الا أن يكون لم يحرم فبحرم بعد أن يعتق ثم يقف من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان فعل ذلك أجزأه وان لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاتته الحج اذ لم يدرك الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة وتكون على العبد حجة الاسلام يقضيها ﴾ ش وهذا كما قال ان العبد اذا أحرم بالحج في حال رقه فان حجه قد وقع نفلا لانه لم يكن يصح منه حج الفرض في حال رقه فاعانته حجه على ما انعقد عليه من النفل فان أعتق بعد ان أحرم به عشية عرفة أو قبلها أو بعدها فان حجه لا يجزئ عن فرضه لان حجه انعقد نفلا فلا ينقلب الى الفرض في قول مالك لان كل عبادة انعقدت نفلا فانها لا تنقلب فرضا كالصوم والصلاة

(فصل) وقوله الا أن يكون لم يحرم فبحرم بعد أن يعتق ثم يقف بعرفة من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان ذلك يجزئه يرد أنه ان لم يكن أحرم بالحج وبقى حلالا حتى أعتق فأدرك أن يحرم بالحج ويقف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة النحر فان حجه يجزئه عن فرضه لان احرامه انعقد بنية الفرض وهو ممن يصح منه الفرض ويلزمه بخلاف من كان قبل أن يعتق فان احرامه انعقد نفلا فلا يجزئه عن أداء الفرض اذ ألزمه (مسئلة) فان أحرم المعتق بعرفة فتيقطع التلبية قال مالك يلبي حين احرامه ثم يقطع التلبية وقال ابن الماجشون يلبي حتى يرمى جرة العقبة

(فصل) وقوله وان لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاتته الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة يرد انه ان لم يحرم بعد عتقه حتى يطلع الفجر من ليلة النحر فقد فاتته الحج ولا يخلو أن لا يحرم بعد ذلك أو يحرم فان لم يحرم فلا شيء عليه الا حجة الاسلام في المستقبل ويحتمل أن يرد هذا بقوله كان بمنزلة من فاتته الوقوف بعرفة على تأويل انه لما رأى انه قد فاتته الوقوف بعرفة لم يحرم بالحج وهو الصواب الا أن يحرم به اذا طلع له الفجر من يوم النحر وكان في وقت يعلم انه ان أحرم طلع عليه الفجر قبل الوصول الى عرفة لانه دخل في حج متيقن انه لا يمكنه

(فصل) وقوله وتكون على العبد حجة الاسلام يقضيها يرد انه اذا فاتته الوقوف بعرفة اما لانه لم يحرم أو لانه أحرم قبل العتق أو أحرم بعد العتق فلم يمكنه الوقوف بعرفة فان حجة الاسلام باقية عليه لا يقضيها عنه ولا يسقط وجوبها بشئ مما تقدم والله أعلم وأحكم

قال مالك في العبد يعتق في الموقف بعرفة فان ذلك لا يجزئ عنه من حجة الاسلام الا أن يكون لم يحرم فبحرم بعد أن يعتق ثم يقف من تلك الليلة قبل أن يطلع الفجر فان فعل ذلك أجزأه وان لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاتته الحج اذ لم يدرك الوقوف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة ويكون على العبد حجة الاسلام يقضيها

﴿ تقديم النساء والصبيان ﴾

﴿ تقديم النساء

والصبيان ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن سالم وعبد
الله بن عبد الله بن عمران
أباهما عبد الله بن عمران
يقدم أهله وصبيانهم من
المزدلفة إلى منى حتى
يصلوا الصبح بمنى ويرموا
قبل أن يأتي الناس *
وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن عطاء
ابن أبي رباح أن مولاة
لأساء بنت أبي بكر
أخبرته قالت جئت مع
اسماء ابنة أبي بكر منى
بغلس قالت فقلت لها
لقد جئت منى بغلس
فقلت قد كنا نضع ذلك
مع من هو خير منك *
وحدثني عن مالك أنه
بلغه أن طلحة بن عبيد
الله كان يقدم نساءه
وصبيانهم من المزدلفة
إلى منى * وحدثني عن
مالك أنه سمع بعض أهل
العلم يكره روى الجرة
حتى يطلع الفجر من يوم
النحر ومن روى فقد حل
له النحر *

ص * مالك عن نافع عن سالم وعبد الله بن عبد الله بن عمران أباهما عبد الله بن عمران يقدم أهله وصبيانهم من المزدلفة إلى منى حتى يصلوا الصبح بمنى ويرموا قبل أن يأتي الناس * ش قوله كان يقدم أهله وصبيانهم من المزدلفة إلى منى السنة المبيت بالمزدلفة والوقوف بها بعد صلاة الفجر على ما يأتي ذكره وتفسيره بعد هذا أن شاء الله تعالى (مسئلة) والفرص من المبيت بمنى النزول فيها والمقام مقدار ما يرى أنه مقام فمن منعه من النزول بهامان فقد قال ابن المواز عليه الدم وهو بدنة وقاله مالك وإن نزل بهامان لم يحل عنها قبل الفجر ولا عامدا أو جاهلا فقد قال ابن المواز يجوز له ولا شيء عليه (مسئلة) وهذا المن جاءه ليلًا فامان من جاءه بعد الفجر فقد قال أشهب في الموازية عليه الدم وإن كان من ضعفة الرجال والنساء والصبيان وقال ابن القاسم من جاءها بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس فنزل بها فقد أدرك ولا شيء عليه فجعل ما بعد الفجر وقتا للنزول بالمزدلفة وإن كان النزول عوى عن المبيت بها قال القاضي أبو الوليد ووجه ذلك عندى أن الوقوف بالمزدلفة لما لم يكن ركنا من أركان الحج ولم يجب بتركه إلا الدم لم يقو قوة الوقوف بعرفة فيجب بتركه ما بعده الدم ومن أتى بعد الفجر فنزل أجزأه عن المبيت وإن كان قد أساء وترك الأفضل

(فصل) وقوله كان يقدم أهله حتى صلى الصبح بمنى يقتضى أن التقدم كان قبل الصبح وإن ذلك كان بمقدار ما يتأتون منى لصلاة الصبح أو قبل ذلك فتجب صلاة الصبح وهم بها أو بما يخص بذلك نساءه وصبيانهم للضعف عن راحة الناس فأراد بذلك الرفق بهم على حسب ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك لما كان التعريس الذي هو فرض المبيت بالمزدلفة قد وجد منهم ولم يبق الأفضلية الوقوف مع الإمام فرخص لهم في ذلك لضعفهم وقدين ذلك بقوله ويرموا قبل أن يأتي الناس ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن عطاء بن أبي رباح أن مولاة لأساء بنت أبي بكر أخبرته قالت جئت مع أسماء بنت أبي بكر منى بغلس قالت فقلت لها لقد جئت منى بغلس فقلت قد كنا نضع ذلك مع من هو خير منك * ش قوله لما جئت مع أسماء بنت أبي بكر منى بغلس فقلت قد كنا نضع ذلك مع من هو خير ويحتمل أن تريد به بعد طلوع الفجر وهو الأظهر ولذلك روى عن عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الصبح بغلس وإنكار الأمانة عليها أتيانها منى بغلس لما علمت أن السنة الوقوف بالمزدلفة إلى الأسفار فأنكرت عليها مخالفتها جاعة الحاج في ذلك فأعلمتها أسماء ما عندها في ذلك وهو أن النساء والضعفة قد أُرخص لهم في التقدم رفقا بهن فقالت كننا نضع هذا مع من هو خير منك ويحتمل أن تريد بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقد روى عنها هذا الحديث مسندا ويحتمل أن تريد به من بعد النبي صلى الله عليه وسلم من الخلفاء أبابكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم ولعلمها أرادت بذلك أن يرضى الله عنه ص * مالك أنه بلغه أن طلحة بن عبيد الله كان يقدم نساءه وصبيانهم من المزدلفة إلى منى * ش قوله كان يقدم نساءه وصبيانهم من المزدلفة لم يبين وقت التقديم فيحتمل أن يكون قدمهم قبل الفجر فيصلا بمنى على ما تقدم في حديث أسماء ويحتمل أن يكون قدمهم بعد الفجر وقبل الوقوف إلا أن الرفق بهم أبلغ في تقديمهم قبل الفجر لأنه أخلى لهم وأمكن من أن يصلوا منى ويرموا قبل أن تضيق الناس والله أعلم ص * مالك أنه سمع بعض أهل العلم يكره روى الجرة العقبه حتى يطلع الفجر من يوم النحر ومن روى فقد حل له النحر * ش قوله سمع

بعض أهل العلم يكره رمي جرة العقبة حتى يطلع الفجر من يوم النحر هذه كراهة على وجه المنع ونفي
الاجزاء وذلك ان وقت الرمي النهار دون الليل ولذلك وصفت الايام بالرمي دون الليالي قال الله تعالى
واذكروا الله في أيام معدودات فوصفت الايام بانها معدودات للجهار المعدودات فيها فلا يجوز الرمي
بالليل فمن رمي ليلاً أعاد وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ان من رمي بعد نصف الليل أجزأه والدليل
على ما نقوله ما روى عن جابر انه رأى النبي صلى الله عليه وسلم من يوم النحر على راحته وهو يرميها
مثل حصي الخندق ويقول خذوا عني مناسككم فاني لأدرى لعلي لا ألقاكم بعد عاى هذا ولينا
من جهة القياس ان النصف الآخر من الليل وقت الوقوف بعرفة فلم يكن وقت الرمي كالنصف الاول
(مسئلة) اذا ثبت انه لا يجوز قبل الفجر فانه يجوز بعده وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال
الشافعي والثوري لا يجوز قبل طلوع الشمس والدليل على ما نقوله ان هذا وقت يجوز فيه الذبح
فجاز فيه الرمي كما بعد طلوع الشمس

(فصل) قوله ومن رمي فقد حل له النحر يقتضى تقديم الرمي على النحر وان النحر انما يحل
له بعد الفجر وقوله فقد حل له النحر يقتضى معنيين أحدهما ان يريد به الحلول فيكون معنى ذلك
قد حل وقت ذبحه ويحمل ان يريد بذلك انه قد أبيع له اباحة عاربه من الكراهية سالمة من التقديم
على ما هو مرتب عليه وذلك ان الرمي مقدم على الذبح وهو المحفوظ من فعل النبي صلى الله عليه وسلم
والاصل في ذلك ما روى عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمي جرة العقبة ثم انصرف الى
البدن فحضرها ص * مالك عن هشام بن عروة ان فاطمة بنت المنذر أخبرته انها كانت ترى أسماء
بنت أبي بكر بالمزدلفة تأمر الذي يصلي لها ولا يحجها الصبح يصلي لهم الصبح حين يطلع الفجر ثم تركب
فتسير الى منى وتقف * ش قولها انها كانت ترى أسماء بنت أبي بكر تأمر الذي يصلي لها ولا يحجها
الصبح يريد أنها كانت اتخذت اماما يصلي بها اذا لا يجوز لها ان تؤم من أحد رجالا ولا نساء وكان يشق
عليها النهوض الى الموقف اما لضعفها أولا كان أصابها من العمى فاتخذت ممن كان يكون معهم من
يصلي بهم فتدرك بذلك فضل الجماعة

(فصل) وقولها انها كانت تأمر الذي يصلي لهم الصبح حين يطلع الفجر تريد انها كانت تقدم صلاة
الصبح أول طلوع الفجر وهذه السنة من وقف بالمزدلفة ليمسكنوا من الوقوف والدعاء ولا يضيق
وقت الوقوف عما يريدونه من طول الدعاء والتضرع الا انها كانت تقدم الصلاة لمعنى آخر وهو ان
يمكنها التقدم الى منى ويمكنها الرمي في خلوة قبل التضايق والتزام الذي تكرهه ولما كان يجمع ما تريد
من التستر فكانت تقدم بذلك الدفع الى منى وترك الوقوف بالمزدلفة اذا كان قد فات بها
وبالله التوفيق

* السير في الدفعة *

ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال سئل أسامة بن زيد وأنا جالس معه كيف كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يسير في حجة الوداع حين دفع قال كان يسير العنق فاذا وجد فجوة
نص * قال مالك قال هشام ابن عروة والنص فوق العنق * ش سؤال السائل عن سير رسول الله صلى
الله عليه وسلم حين دفع بجوزان يريد به الدفع من عرفة ويجوز ان يريد الدفع من المزدلفة الآن
اختصاص أسامة بوقف الدفع من عرفة هو المشهور لانه كان رديف النبي صلى الله عليه وسلم حين

* وحدثنى عن مالك عن
هشام بن عروة عن
فاطمة بنت المنذر
أخبرته انها كانت ترى
أسماء بنت أبي بكر بالمزدلفة
تأمر الذي يصلي لها
ولا يحجها الصبح يصلي لهم
الصبح حين يطلع الفجر
ثم تركب فتسير الى منى
ولا تقف

* السير في الدفعة *
* حدثني يحيى عن مالك
عن هشام بن عروة عن
أبيه انه قال سئل أسامة بن
زيد وأنا جالس معه كيف
كان يسير رسول الله صلى
الله عليه وسلم في حجة
الوداع حين دفع قال كان
يسير العنق فاذا وجد فجوة
نص * قال مالك قال هشام
ابن عروة والنص فوق
العنق

دفع من المزدلفة فانه أردف الفضل بن عباس ولا يمنع أن يكون أسامة شاهد ذلك فأخبر عن الأمرين على أنه قد روى عن أسامة الاخبار عن الدفع من عرفة خاصة وأخبر في غيره عن الأمرين وسؤال السائل وحفظ أسامة لها دليل على اهتبال الناس بأمر الحج وحفظ سنة النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك حتى بلغوا الى حفظ صفة مشيه واسراعه حيث أسرع وايضا عه حيث أوضع ومنازله ومناقل أحواله

(فصل) وقوله كان يسير العنقير يدضربا من السير ليس بالشديد رفقا بالناس وتحجزا من اذا هم وليقتدوا به في رفق بعضهم على بعض ويحجز بعضهم من أذى بعض وهذا ما كان في جماعة الناس وزحامهم فاذا وجد فجوة وهي الفرجة من الأرض يريد ليس فيها أحد نصير يدانه أسرع في السير لان النصير أرفع من السير وهذا يقتضي أن سنة المشي في الدفع الاسراع وانما يسلك عن بعضه لمنازع من زحام أو غيره (مسألة) وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أمر بالسكينة والوقار روى ذلك الفضل بن عباس وكان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في عشية عرفة وغداة جمع للناس حين دفعوا عليكم بالسكينة وهو كافى نافته ومعنى ذلك أن لا يخرجوا من حدة الوقار والسكينة بالازجر والايضاع فأما الاسراع في المشي الذي لا يخرج عن حد الوقار فان ذلك مشرع وغير ممنوع وفي هذا بيان * أحدهما في تعيين وقت الوقوف * والثاني في بيان وقت الدفع

وحدثني عن مالك عن
نافع ان عبد الله ابن عمر
كان يحرك راحلته في
بطن محسر

﴿ الباب الأول في بيان وقت الوقوف ﴾

فأما بيان وقت الوقوف فان البائت بالمزدلفة يصلى الصبح في أول طلوع الفجر والأصل في ذلك حديث عبد الله بن مسعود انه قال هما صلاتان يحولان عن وقتيهما صلاة المغرب بعد ما يأتي الناس المزدلفة والفجر حين يبرز الفجر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يفعلوه ومعنى ذلك انه من كان في ذلك الموضع يعجل صلاة الفجر قبل الصلاة بها في القواعد التي يحول البناء بين الفجر وبين المرتقب له حتى يرتفع والثاني لما أراد من تعجيل الوقوف (مسألة) وآخر وقت الوقوف اذا أسفر قبل أن تطلع الشمس وقد روى عن عمرو بن ميمون انه قال شهدت عمر صلى بجمع ثم وقف فقال ان المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس ويقولون أشرف نبي وان النبي صلى الله عليه وسلم خالفهم ثم أقاض قبل أن تطلع الشمس

﴿ الباب الثاني في بيان وقت الدفع ﴾

وأما وقت الدفع فهو عند الاسفار المذكور متصلا بالوقوف ولا يبقى أحد حتى تطلع الشمس فان أراد الامام أن يؤخر حتى تطلع الشمس دفع قبله وقد فعل ذلك ابن عمر وأخرا ابن الزبير الوقوف بجمع حتى كادت الشمس أن تطلع فقالوا ابن عمر اني لا اراه يريد أن يصنع كما صنع أهل الجاهلية فدفع ابن عمر ودفع الناس معه

(فصل) ولا يدفع أحد قبل الفجر قاله مالك ووجه ذلك ان الوقوف بعد النجس مسنون فلا يدفع قبل وقته والامام مقتضى به فلا يدفع قبله وهذا مع سلامة الحال فان كانت ضرورة تدعو الى ترك الوقوف دفع قبل الفجر ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يحرك راحلته في بطن محسر * ش قوله كان يحرك راحلته في بطن محسر هو بطن وأدقرب المزدلفة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحرك نافته فيه قدر رمية بحجر وهو قد روى بطن الوادي وقد قال مالك لا يركض

الحاج في بطن محسر قال ابن المواز ويسعى الماشي في بطن محسر كنعوم يحرك اذا كب دابته

﴿ ما جاء في النحر في الحج ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بنى هذا المنحر وكل منى منحر وقال في
لعمره هذا المنحر يعني المروة وكل فجاج مكة وطرفها منحر ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم بنى
هذا المنحر وكل منى منحر يريد والله أعلم ان الموضع الذي أشار إليه منحر ولعله أشار الى موضع نحره
نفسه بذلك لان منحر النبي صلى الله عليه وسلم فيه فضيلة وقد روى ان عبد الله بن عمر كان ينحرف فيه
ويقصده ويسابق اليه ومنحرف النبي صلى الله عليه وسلم هو عند الجرة الاولى التي تلي مسجد منى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وكل منى منحر يريد انه وان كان هذا مخصوصا بالفضيلة لا اختصاصه
بنحرفه صلى الله عليه وسلم أو لغير ذلك من المعاني التي الله أعلم بها فان جميع منى منحر أيضا يجزى النحر
به وقوله صلى الله عليه وسلم هذا يقتضي اختصاص النحر بموضع مخصوص بنى مختص بالنحر على
ثلاث صفات ان عدمت منها صفة لم يجز النحر بنى احداها أن يوقف بالهدى بعرفة والثانية أن يكون
النحر في أيام التشريق والثالثة أن يكون النحر في حج فتى اجتمع هذه الصفات لم يجز النحر
بغيرها رواه ابن المواز عن مالك وقال القاضي أبو اسحق لو نحر الهدى في أيام منى بمكة أجزأه ولم يشترط
وقوفه بعرفة وجه القول الأول قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله قد كرر النبي صلى
الله عليه وسلم ان للهدى محلا وقد نحر النبي صلى الله عليه وسلم هديه في الحج بنى ولم ينحر بغيرها فثبت
أنها المنحر في الحج لان أفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب ووجه القول الثاني ما احتج به
القاضي أبو اسحق من ان مكة الأصل في النحر غير أن السنة في هدى الحاج أن يكون بنى لانه اذا نحره
خلق رأسه فكان ذلك موضعه وقد روى عن ابن عباس أنه كان ينحر بمكة (مسئلة) اذا ثبت ذلك
فنى كلها منحر الا ما خلف العقبة رواه محمد عن مالك ووجه ذلك ان ما وقع عليه اسم منى انما هو ما دون
العقبة الذي هو منتهى منى ولذلك لا يجوز المبيت بنى دون العقبة لئلا يلى التشريق فكل حكم يختص
بنى لا يتعلق به ما دون العقبة كالمبيت والنحر وغير ذلك من الأحكام والله أعلم

(فصل) وقوله وقال في العمرة هذا المنحر يعني المروة خص المروة بهذا القول لانه لا يتعلق لها
ولا لهدى بنى فأشار الى المروة وقال هذا المنحر على سبيل التخصيص لها والله أعلم ثم قال وكل فجاج
مكة وطرفها منحر يعني أن العمرة وان اختصت بفضيلة ذلك فان سائر طرقها ومواضعها يجزى
النحر فيها فكل ما لا يصح نحره بنى لعدم صفة من الصفات الثلاث التي ذكرناها فانه لا ينحر الا بمكة
لانه لا منحر للهدى غير منى ومكة والله أعلم

(فصل) وقوله المنحر بمكة مكة نفسها وما يلي بيوتها من منازل الناس قاله مالك وسئل محمد بن دينار
عن المنحر في فجاج مكة أو ذى طوى فقال من نحر في فجاج مكة أجزأه روى أشهب عنه ولا يجزى
أن ينحره عند ثنية المدينين وفي المدونة من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يجزئه بذى طوى ولا
يجزئه حتى يدخل مكة ولا أعلم الآن مالكا قاله ﴿ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه قول مالك
ان ماله حكم المدينة فانه منحر وما ليس له حكم المدينة فليس بمنحر وحل ابن القاسم قوله صلى الله عليه
وسلم وكل فجاج مكة منحر على أنه يريد بالفجاج ما داخل القرية وأن اسم مكة داخل مختص بها لانه قد
نص على أنه ليس لذى طوى حكمها مع كونها مع بضا متصلا بالمدينة ولذلك قال مالك ان كان بها من

﴿ ما جاء في النحر في الحج ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك
انه بلغه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال بنى هذا
المنحر وكل منى منحر وقال
في العمرة هذا المنحر
يعنى المروة وكل فجاج
مكة وطرفها منحر ﴾

حاضري المسجد الحرام والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرني عمرة ابنة عبد الرحمن أنها سمعت عائشة أم المؤمنين تقول خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لخمس ليال بقين من ذي القعدة ولا تزي إلا أنه الحج فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة أن يحمل قالت عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحهم بقر فقلت ما هذا فقالوا انحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه قال يحيى بن سعيد فذكرت هذا الحديث للقاسم بن محمد فقال أتتكم والله بالحديث على وجهه * ش قوله خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تزي إلا أنه الحج يحتمل أن يرده حين خروجهم من المدينة قبل الإهلال ويحتمل أن يرده أن أحرام من أحرم منهم بالعمرة لا يحمل منه حتى يردف الحج فيكون العمل لها جميعا والإحلال منهما ولا يصح أن يرده أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم جميعهم بالحج فقد روى عنها عروة أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع مامن أهل بعمرة ومنا من أهل بالحج وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجة فذكرت أن الناس كانوا في ذلك على أحوال مختلفة وإن منهم من أهل بعمرة خاصة ثم قالت فامان أهل بعمرة فخل وأما الذين أحلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فلم يحلوا حتى كان يوم النحر وهذا ينبغي أن يكون من أهل بجمع أن يطوف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة ثم يحمل

(فصل) وقولها فلما دنونا من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى إذا طاف وسعى أن يحمل محتمل أن يرده أن من ظن أنه سيؤمر أن يردف الحج على العمرة ولا يحمل حتى يحمل منها أمر من لم يكن معه هدى من هذا الصنف من الناس أن يحمل من عمرته ثم يحرم بالحج فيكون مقتعا وإنما خص بذلك من لم يكن معه هدى لأن من كان معه هدى فقد قلده أو أشعره لينعمره في حجه بمنى فحكمه أن لا يحمل حتى ينحر هديه بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان معه هدى بقي على إحرامه وأردف الحج على عمرته لئلا يحلق رأسه قبل أن يبلغ هديه محله ومن لم يكن معه هدى حل من عمرته ثم استأنف الأسلال لحجه لأن ذلك أفضل لأنه أتم لعمرته وأتم لحجه لأنه يفرده كل واحد من السككين بعمله ويحتمل أن يكون من لم يكن معه هدى هو الذي أحرم بالعمرة فلذلك أمر أن يحمل من عمرته ومن كان معه هدى أحرم بجمع فلذلك لم يحمل من حجه حتى أتى يؤيده هذا حديث عروة المتقدم وهو قولها فامان أهل بعمرة فخل وأما من أهل بجمع أو جمع الحج والعمرة فلم يحلوا حتى كان يوم النحر

(فصل) قوله قالت عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحهم بقر فقلت ما هذا فقالوا انحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نسائه البقر يقتضى أن الإنسان قد ينحر عن غيره * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندي يقتضى أن ينحر الرجل عن الجماعة من أهل بيته وهو على وجهين أحدهما أن يكون يجرى مجرى الأضحية لم يوقف ولم يقلد وإنما وجبت بالنحر كالأضحية وهذا يرد أن أهل منى لا أضاحي عليهم والوجه الثاني أن يقلده ويشعره عنهم وهو باق على ملكه حتى ينحره عنهم ويجرى إيجابه بالتقليد مجرى تعيين الأضحية قبل الإيجاب وإن لم تبلغ مبلغ الإيجاب إلا أنه مؤثر في التعيين فهذا يكون في التطوع على هذا الوجه ولذلك قالوا انحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه البقر ولم يعين ما نحر عن كل واحدة منهن * قال القاضي أبو الوليد والأظهر من هذا اللفظ الاشتراك على أنه قد روى مفسران حديث ابن شهاب عن عمرة عن عائشة قالت ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم

وحديثي عن مالك عن يحيى
ابن سعيد قال أخبرني عمرة
بنت عبد الرحمن أنها سمعت
عائشة أم المؤمنين تقول
خرجنا مع رسول الله صلى
الله عليه وسلم لخمس ليال
بقين من ذي القعدة ولا تزي
إلا أنه الحج فلما دنونا من
مكة أمر رسول الله صلى الله
عليه وسلم من لم يكن معه
هدى إذا طاف بالبيت
وسعى بين الصفا والمروة
أن يحمل قالت عائشة فدخل
علينا يوم النحر بلحهم بقر
فقلت ما هذا فقالوا انحر
رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن أزواجه قال يحيى
ابن سعيد فذكرت هذا
الحديث للقاسم بن محمد
فقال أتتكم والله بالحديث
على وجهه

عن آل محمد في حجة الوداع الأبقرة واحدة وأما الذي يمنع منه الاشتراك ففحين ملك الهدى وليس من هذا السبيل

(فصل) وقوله انحدر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه البقر ولم يعين ما نحر عن كل واحدة ما ورد عليهن بلحهم بقر فسألت عنه دليل على أن اللحم الذي دخل به عليهن من لحم ما نحر عنهن وذلك بقية نهي أيضا النحر للبقرة وقدر اختار مالك فيها الذبح على أنه يجوز فيها النحر غير أن هذا الحديث ورد بلفظ النحر وورد بلفظ الذبح ويحتمل أنه لما استوى ذلك عندنا روى الحديث عبر عن الذكاة بأي اللفظين أو ممكنه فغير عنهما مرة بالذبح ومرة بالنحر

(فصل) وقول القاسم أتت والله بالحديث على وجهه تصديقاً للعمرة وأخباراً عن حفظها بالحديث وضبطها له وأنهم لم تغير شيئاً منه بتأويل ولا تجوز ولا غيره ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن حفصة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك فقال اني لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر ش قول حفصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك يحتمل أن تريد به الحج لأن معناهما جميعاً القصد يقال حج الرجل البيت إذا قصده وأعمره إذا قصده فاما كان معناهما واحداً عبرت عن أحدهما بالآخر وإن كان كل واحد منهما واقعا في الشرع على نوع مخصوص من القصد والنسك ويحتمل أن حفصة اعتقدت أنه كان معمرافاً قالت له ذلك على ما اعتقدت فأعماه بقوله اني لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر أنه محرم إحراماً لا يمكنه التحلل منه وذلك لا يكون عارياً من حج وليس في قوله صلى الله عليه وسلم لبدت رأسي وقلدت هدي ما يمنع من أن يحل من عمرته المفردة لأن من لبس رأسه وقلد هديه وأحرم بعمرته نحر هديه ويحلق رأسه عنده كما له ولا يجب عليه لأجل التلبيد والتقليد أن يردف عليها حجة وإنما معنى ذلك والله أعلم أن في الكلام حذفاً وذلك أن يعاينها أنه لبس رأسه وقلد هديه للحج فلا يمكنه التحلل من ذلك قبل أن يبلغ الهدى محلّه وينحصره بمنى بعد كمال حجه وأما من أحرم بعمرته وأكمل عملها فإنه لا يجوز له أن يردف الحج عليها ويلزمه أن يحلق ويتحلل ثم يحرم بالحج إن شاء لأنه ليس في إردافه الحج على عمرته قد كمل عملها غير تأخير الخلاف وذلك نقص في النسك يجب جبرانه بالدم ولا يجوز أن يقال كرهه الخلاف لقرب الحج على ما كرهه مالك للمعتمر أن يحلق إذا قرب الماء سم وإن كان يستحب الخلاف غيره لأن ما لك قال أنه يقصر بدلاً من الخلاف ويوفر شعره لخلاق الحج فيجمع بين الأمرين وحفصة لم تسأله صلى الله عليه وسلم عن ترك الخلاف وإنما سأله من ترك التحلل والله أعلم

روحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن حفصة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك فقال اني وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر ﴿العمل في النحر﴾ حدثني يحيى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه ونحر غيره بعضه

﴿العمل في النحر﴾

ص مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه ونحر غيره بعضه ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بعض هديه يقتضي مباشرة ذلك وإن كان يقال نحر بدنه إذا أمر من ينحرها إلا أن الأظهر من اللفظ مباشرة ذلك لاسيما وقد بين ذلك بقوله ونحر غيره بعضه فدل ذلك على أنه أراد بما أضاف إليه نحره المباشرة ولذلك فرق بينه وبين ما لم يباشره باللفظ ولو أراد أن غيره نحر ما أضافه إليه لجمع الكل في لفظ واحد وقد تقدم أن الأفضل مباشرة من أهدي نحره هديه لما في ذلك من التواضع والالتيان بهما النسك ولأنه

من القرب التي لها تعلق بالمال وبالبدن ولا خلاف في أن ما كان بهذه الصفة أن الاستنابة فيه ممنوعة كالحج

(فصل) وقوله ونحرم غيره بعضه يصح أن يريد به تبين جواز استنابة غيره في ذلك فأعلمنا بفضيلة المباشرة بمباشرة وأعلمنا بجواز الاستنابة بما ولي من ذلك به ص مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال من نذر بدنة فانه يقلدها نعلين ويشعرها ثم ينحرها عند البيت أو بمنى يوم النحر ليس لها محل دون ذلك ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء ش قوله من نذر بدنة فانه يقلدها يقتضى أن لفظ البدنة لا ينطلق الا على الهدى وفي عرفة الاستعمال ان البدنة من الابل ما أهدى ولذلك قال ان من نذر بدنة فحكمه أن يقلدها ومن نذر جزورا ففرق بينهما في اللفظ لما اختلف في المعنى وصار عنده اسم البدنة مختصا بالهدى واسم الجزور مختصا باليس بهدى والنذر للابل على ضربين أحدهما أن ينذر بها باسم البدنة أو ينذر بها باسم الجزور فان نذر بها باسم البدنة فان ذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن لا ينوي هديا ولا غيره والثاني أن ينوي الهدى والثالث أن ينوي غير الهدى فان لم ينو شيئا فالظاهر عندي أن لها حكم الهدى وهو الاظهر من قول عبد الله بن عمر لأنه لم يشترط في البدنة نية ولا غيرها ولأن لفظ البدنة تختص بالهدى فوجب أن يحمل عليه وأن نوى الهدى فهو أبين في وجوب حكم الهدى فان نوى غير ذلك فهو على ما نوى إلا أنه ان نذر ذلك بموضع مخصوص غير مكة وكان بموضع نذر جازله أن ينحره به وان كان بموضع يتكلف اليه سوف البدنة ينحرها بموضع ولم يجز أن تساق الى غير مكة قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي في المعينة وأما غير المعينة فيجوز عندي أن يشتريها بموضع نذر ينحرها وينحرها هناك لأنه لا يمنع من اختصاص صدقته بموضع يخصه وانما منعه من سوى البدن الى غير مكة

(فصل) وقوله ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء يريد أن من نذره باسم الجزور وهو لفظ مختص بغير الهدى ولا ينطلق من جهة عرفة الشرع على الهدى فمن نذره على هذا الوجه فهو عمل يتقرب به الى الله عز وجل على وجه الصدقة قال وهذا عندي ان النذر انما هو في اطعام المساكين لجهلهم بما اراقه الدم فيجب عندي أن يكون النذر غير متعلق بل أن اراقه الدماء لا تكون الا بمكة أو بمنى في الحج أو العمرة لفدته الاذى فلا يساق الى غير مكة لاختصاصه بذلك المكان وكذلك الاضحية ولو أن من نذر ينحر الجزور بغير مكة يشتريها منحورة فتصدق بها لاجزأ عندي لأن اراقه دمها لا يتعلق به النذر لأنه ليس من القرب في ذلك المكان ولذلك ذكرها ابن عمر باسم الجزور ولم يقل هديا ولا دما

(فصل) ولم يقصد بذكر الابل والبقر دون الغنم أن النذر لا يتعلق بغيرها وانما قصد الى أن البقرة تنوب عن البدنة ولذلك قال فمن نذر بدنة فلم يجدها فلينحر بقرة وان الشاة لا تجزى عن البدنة ويجب أن لا تجزى على ذلك عن البقرة

(فصل) وقوله فلينحرها حيث شاء يحتمل معنيين أحدهما أن يكون نذر جزورا فان اطلاق هذا النذر لا يتعلق بموضع دون موضع ونذر الهدى يتعلق بموضع مخصوص والثاني أن من نذر سوق جزور معين الى موضع من المواضع فان نذر سوقه باطل وينحره حيث شاء من المواضع التي لا يتكلف سوقها لغيرها ص مالك عن هشام بن عروة أن أباه كان ينحر بدنه قياما ش قوله قد تقدم الكلام في مثل هذا وأن السنة ينحرها قياما مصفوفة الايدي إلا أن يخاف منها انفارا فتنحر

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال من نذر بدنة فانه يقلدها نعلين ويشعرها ثم ينحرها عند البيت أو بمنى يوم النحر ليس لها محل دون ذلك ومن نذر جزورا من الابل أو البقر فلينحرها حيث شاء * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة أن أباه كان ينحر بدنه قياما

على الوجه الذي يمكن ذلك منها معقولة أو كيف أمكن بما يغني الناظر في ذلك أن شاء الله ص **قال**
مالك لا يجوز لأحد أن يخلق رأسه حتى ينحر هديه ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر
وإنما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب والقاء التفث والحلاق ولا يكون شيء من ذلك قبل يوم
النحر **ش** قوله لا يجوز لأحد أن يخلق رأسه حتى ينحر هديه وذلك أن سنة الذبح أن يفعل قبل
الحلاق والأصل في ذلك قوله تعالى ولا تخلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله وكذلك فعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم بدأ في نحر هديه ثم خلق بعد ذلك فن خالف هذا فقدم الحلاق قبل النحر فلا
يخلو أن يقدم الحلاق خطأ وجهلاً وعمداً أو قصداً فإن كان ذلك خطأ وجهلاً فلا شيء عليه وإن كان
حذيقاً عن ابن القاسم وهو المشهور من مذهب مالك وقال ابن الماجشون عليه الهدى وبه قال أبو
حنيفة وجه القول الأول ما روى أن رجلاً قال يا رسول الله لم أشعر فخلقت قبل أن أنحر فقال صلى
الله عليه وسلم انحر ولا حرج وقال ابن الماجشون معنى ذلك أن لا تم عليه لأن اسم الحرج يطلق
على الأثم دون الهدى ولابن القاسم أن يقول إن هذا موضع تعلم لما يجب على السائل فلو وجب
عليه الهدى لأمره به ولنقل لنا وقد روى هذا الحديث من طرق ولم يرو شيئاً منها هنا والله أعلم
(مسئلة) وأما أن كان على وجه العمل فقد روى القاضي أبو الحسن أنه يجوز تقديم الحلق على
النحر قال وبه قال الشافعي والظاهر من المذهب المنع والترتيب مشرع مستحب وأقل ما يحمل
عليه فعل النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الاستحباب

(فصل) وقوله ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر وجه ذلك أن كل نسك ونحر فانه
لا يكون شيئاً منه بالليل وإنما هو كله بالنهار وقد استدل مالك على ذلك بقوله تعالى ويذكروا اسم
الله في أيام معلومات وقد تقدم الكلام في أنه لا يجزى النحر بالليل بما يغني عن اعادته وذاتنا أنه
لا يجوز النحر قبل الفجر فلا يجوز الرمي قبل الفجر لأنه مرتب عليه

(فصل) وقوله وإنما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب والقاء التفث والحلاق ولا يكون شيء
منه قبل الفجر ونحر بذلك أنه نسك يتقدم عليه الرمي فلا يتكرر مثله قبله فوجب أن لا
يجوز فعله قبل يوم النحر أصل ذلك القاء التفث والحلاق وأما طواف الأفاضة فإن مثله يتكرر
وهو طواف الورد (مسئلة) وقد اختلف الناس في يوم الحج الأكبر فقال مالك أنه يوم النحر
وقال قوم أنه يوم عرفة والدليل على ذلك ما روى عن أبي هريرة أنه قال بعثني أبو بكر فممن يؤذن
يوم النحر بمنى أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان والحج الأكبر يوم النحر

✽ الحلاق ✽

ص **قال** مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين
قالوا والمقصرون يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرون يا رسول الله قال والمقصرون **ش**
قوله صلى الله عليه وسلم اللهم ارحم المحلقين وتخصيصهم لهم بالدعاء تفضيل للحلاق على التقصير
وذلك أن التحلل بهذا الباب على ضربين حلاق وتقصير وفي ذلك ستة أبواب أولها فمن حكمه
الحلاق والتقصير والباب الثاني في صفة الحلاق والتقصير والباب الثالث في موضع الحلاق
والتقصير والباب الرابع في وقتها والباب الخامس فيما يتعلق بهما من الأحكام والباب السادس
هل هو نسك أو تحلل

قال مالك لا يجوز لأحد أن
يخلق رأسه حتى ينحر
هديه ولا ينبغي لأحد أن ينحر
قبل الفجر يوم النحر
وإنما العمل كله يوم النحر
الذبح ولبس الثياب والقاء
التفث والحلاق لا يكون
شيئاً من ذلك يفعل قبل
يوم النحر

✽ الحلاق ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال اللهم
ارحم المحلقين قالوا
والمقصرون يا رسول الله
قال اللهم ارحم المحلقين
قالوا والمقصرون يا رسول
الله قال والمقصرون

(الباب الاول في من حكمه الحلاق والتقصير)

الافضل للرجال الحلاق وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم خلق وقال خذوا عني مناسككم ولا يخالو فعله في ذلك من الوجوب أو الندب ودليل آخر من الحديث المتقدم وهو أنه صلى الله عليه وسلم خص المحلقين بالدعاء لهم وكرر ذلك اظهار الفضيلة الحلاق فمن قصر مع القدرة على الحلاق والتمكن منه أجزأه ولا شيء عليه وقد قال تعالى محلقين رؤوسكم ومقصرين (مسئلة) ومن حل من عمرته في أشهر الحج فالحلاق له أفضل الآن تفوت أيام الحج ويريد أن يحج فليقصر لكان حلاقه في الحج قال محمد بن المواز ووجه ذلك ما يريد من تخصيص الحج الذي هو أفضل النسكين بالحلاق (مسئلة) وأما المرأة فقد قال ابن حبيب ليس على من حج من النساء حلاق وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم المرأة في حج أو عمره وقال هي مثله وهو الذي رواه ابن حبيب وإن لم نعرف له اسناداً صحيحاً إلا أنه من قول العلماء وهو الصحيح لأن حلاق المرأة مثله لأنه حلاق غير معتاد كحلاق الرجل لحيته وشاربه -

(الباب الثاني في صفة الحلاق والتقصير)

أما صفة الحلاق فقد قال ابن المواز عن مالك في الحاج أن من الشأن أن يغسل رأسه بالخطمي والغاسول حين يريد أن يحلق قال ولا بأس أن يتنور ويقص شاربه ولحيته قبل أن يحلق وروى ابن المواز عن ابن القاسم في المعتصر يغسل رأسه قبل أن يحلقه أو يقتل شيئاً من الدواب أو يلبس قميصاً بعد تمام السعي قال أكره ذلك وهذا ليس على معنى الحلاق بين مالك وابن القاسم وإنما اختلف قولهما لأن مالكاً تكلم في حكم الحج وابن القاسم تكلم في حكم العمرة والفرق بينهما أن الحاج قد وجد منه قبل الحلاق تحلل وهو الرمي والمعتصر لا يوجد منه قبل الحلاق تحلل (مسئلة) ويبدأ بالحلاق من الشق الأيمن ويبلغ به إلى العظمين اللذين في الصدغين عند منتهى اللحية قاله ابن حبيب ولا يجزئ حلق الرأس دون استيعابه حكاه الشيخ أبو بكر وغيره عن مالك والدليل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم خلق رأسه وقال خذوا عني مناسككم * وأما التقصير فلا يخلو أن يكون المقصر رجلاً أو امرأة فإن كان رجلاً فقد قال مالك ليس تقصير الرجل أن يأخذ من أطراف شعره ولكن يجز ذلك جزاً وليس مثل المرأة فإن لم يجزه وأخذ منه فقد أخطأ ويجزئ به قال الشيخ أبو بكر ومعنى ذلك أن يأخذ منه ما يقع عليه اسم التقصير وليس ذلك بأن يأخذ اليسير من شعر رأسه * قال القاضي أبو الوليد وفي هذا عندى نظر وذلك أنه قد منع أن يفعل من ذلك ما تفعله المرأة والذي تفعله المرأة يقع عليه اسم التقصير ولو كان الذي يأخذ من أطراف شعره لا يقع عليه اسم التقصير لم يجزه وقد قال مالك أنه يجزئه وإنما أراد المبالغة في ذلك على وجه الاستحباب وإن بلغ به الحد الذي يقرب من أصول الشعر وهذا الذي يوصف بالجز (مسئلة) وأما المرأة فإذا أرادت الإحرام أخذت من قرونها التقصير فإذا حلت قصرت قاله ابن المواز ومعنى ذلك أن تيسر في مواضع التقصير ليتمكن الأخذ من جميعه (مسئلة) وكما مقدار ما تقصر روى عن ابن عمر أنه قال مقدار أنملة وقد روى ابن حبيب عن مالك قدر الأنملة أو فوق ذلك بقليل أو دونه بقليل وروى عن عائشة يجزها قدر التطريف قال مالك ليس لذلك عندنا حد معلوم وما أخلفت منه أجزأها ولا بد من أن تهم بالتقصير الشعر كله طويله وقصيره والدليل على ذلك أنها عبادة تتعلق بالرأس فكان حكمها فيه الاستيعاب كالمسح في الوضوء

(الباب الثالث في موضع الحلاق والتقصير)

هو موضع الحلاق في الحج منى وفي العمرة مكة وانما يتعلق الحلاق والتقصير بهذين الموضعين على انه هو الم شروع على سبيل الاستعباب وقد قال مالك في الذي يذكر الحلاق بمكة قبل الطواف للرافضة لا يطوف ويرجع الى منى فيحلق ثم يفيض فان لم يفعل وحلق بمكة أجزأ عنه وقد روى ابن القاسم فيمن حلق في الحل أيام منى لا يرى عليه شيئاً اذا حلق في أيام منى

(الباب الرابع في وقت الحلاق والتقصير)

أما الحلاق والتقصير فله وقتان أحدهما ان يوقت بالزمان والثاني ان يوقت بفعل ما هو مقدم عليه في الرتبة فاما توقيته بالزمان فبعد طلوع الفجر بعد رمي جرة العقبة وأما آخره فقد روى محمد عن مالك فممن أفاض قبل أن يحلق ان ذكر في أيام منى فحلق فلا شيء عليه وان ذكر بعدها حلق وأهدى وقال ابن القاسم اذا تباعد ذلك بعد الافاضة أهدى وليس لذلك حد وان ذكر وهو بمكة قبل أن يفيض فليرجع حتى يحلق ثم يفيض وسند كره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما توقيته بما يترتب عليه من الافعال فانه اذا طلع الفجر حال الرمي فاذا رمي فحلق فانه لم يحلق بعد ذلك ثم له أن يطوف للرافضة ومن حلق قبل أن يرى فقد قال ابن حبيب من جهل محلوق يوم النحر قبل ان يرى فعلية فدية الأذى ووجه ذلك انه حلق قبل ان يوجد منه تحلل والحلق في ذلك الوقت محظور لحق احرام لم يوجد فيه تحلل فلزمه لذلك فدية الأذى وهذا فيمن أفرد الحج وسواء كان قدم السعي أو آخره كالمراهق الوارد أو المحرم بالحج من مكة وأما القارن فالمشهور من مذهب مالك ان حكمه في ذلك حكم المفرد وذهب أبو بكر بن الجهم الى ان القارن لا يحلق بعد الرمي حتى يطوف ويسعى والله أعلم ومن أفاض قبل الحلاق في المختصر انه اختلف فيه فقيل يرجع فيحلق ثم يفيض فان لم يفيض فلا شيء عليه وقيل ينحره ثم يحلق ولا شيء عليه وسند كره بعد هذا ان شاء الله

(الباب الخامس فيما يتعلق بهما من الاحكام)

أما ما يتعلق بهما من الاحكام فانه لا يخلو أن يكون المحرم حاجاً أو معتمراً فان كان حاجاً فاذا حلق فقد حل له كل شيء حرم عليه من القاء التفت وجازله أن يدهن ويقص شاربه ويلبس الخيط وقد تقدم من قول مالك ان ذلك كله قد حل له بالرعي قبل الحلاق وانه اذا حلق فقد حل له كل شيء الا النساء والطيب والميد حتى يفيض من منى الى مكة قال ابن حبيب وفي الطيب اختلاف (مسئلة) ومن وطئ قبل ان يحلق أو يقصر فقد لزمه الهدى كان في حجة أو عمرة رواه ابن القاسم عن مالك ويجب أن يكون معنى ذلك في الحج انه رمى وطاف للرافضة ثم وطئ قبل أن يحلق فلزمه الهدى لانه قد بقي عليه بعض التحلل وهو الحلاق أو ما يقوم مقامه من التقصير (مسئلة) ومن مسح الطيب قبل أن يحلق في الحج فقد أساء ولادم عليه ووجه ذلك انه قد وجد منه تحلل وهذه حالة تختلف فيها في اباحته (مسئلة) واما المعتمر فاذاكمل طوافه وسعيه فلا يلبس ثياباً ولا يمس طيباً حتى يحلق أو يقصر وقد كره مالك ذلك كله وقد تقدم ذكره فان فعل فقد قال ابن حبيب عن مالك لا شيء عليه ووجه ذلك أنه قد كمل عمرته ولم يبق عليه من شيء غير التحلل (مسئلة) فان وطئ قبل أن يحلق فقد اختلف قول مالك فيه في رواية ابن الموازع انه قال مرة عليه عمرة أخرى وقال مرة ليس عليه الا الهدى ووجه القول الاول انه لم يوجد منه تحلل في هذا النسك فاذا وطئ فيه وجب أن يفسد أصل ذلك اذا وطئ في الحج قبل الرمي ووجه الزاوية الثانية انه وقت لومس فيه الطيب لم تجب عليه فدية فاذا وطئ لم يفسد عمرته وانما يلزمه الهدى لما وطئ قبل أن يتحلل وبعد تمام فعل العمرة ووجه الزاوية الثالثة

انه وقت لو مس فيه الطيب ولبس الخيط لم تجب عليه فدية فاذا وطئ لم يجب عليه شيء في العمرة
أصل ذلك ما بعد الحلاق والله أعلم

(الباب السادس هل هو نسك أو تحلل)

لنا أنه نسك من مناسك الحج وهو أحد قول الشافعي وله قول آخر أنه مباح بعد الحظر يمنع الاحرام
فاذا زال الاحرام زال تحريمه للحلاق وتقليم الأظفار ولبس الثياب والدليل على أنه نسك ثياب
صاحبه على فعله قوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله الآية فوصف دخول المسجد على
هذه الصفة فبما وعدهم به ولو لم يكن نسكاً مقصوداً لما وصف دخولهم به كما لم يصف دخولهم بلبسهم
الثياب والتطيب ووجه ثان انه كناية عن الحج أو العمرة ولو لم يكن من النسك لما كني به عنه
ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم قال رحم الله المحلقين ثم قال في الثالثة
والمقصيرين فلو لم يكن فعلا يثاب عليه فاعله لم ادعاه والثاني انه أظهر تفضيل الحلاق على التقصير
ولو لم يكن نسكاً له فضيلة من عليه ثواب لما كان أفضل من التقصير كما انه ليس لبس نوع من الثياب
أفضل من لبس غير ذلك ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه كان يدخل مكة ليلاً
وهو معتمر فيطوف بالبيت وبين الصفا والمروة ويؤخر الحلاق حتى يصبح قال ولكنه لا يعود إلى
البيت فيطوف به حتى يحلق رأسه قال ووربما دخل المسجد فأوتر فيه ولا يقرب البيت * قال
مالك القاء التفث حلاق الشعر ولبس الثياب وما يتبع ذلك * قال يحيى
سئل مالك عن رجل نسي الحلاق بمنى في الحج هل له زخعة في أن يحلق بمكة قال ذلك واسع والحلاق
بمنى أحب إلى * قال مالك الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن أحداً لا يحلق رأسه ولا يأخذ من شعره حتى ينحر هدياً إن كان معه ولا يعمل من شيء حرم عليه حتى يعمل بمنى يوم النحر وذلك إن الله تبارك وتعالى قال ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله
منحور بها دليل انه لو مات بها قبل أن ينحر لمسا جزأ عن جزاء الصيد

* وحديثي عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه كان يدخل مكة ليلاً وهو معتمر فيطوف بالبيت وبين الصفا والمروة ويؤخر الحلاق حتى يصبح قال ولكنه لا يعود إلى البيت فيطوف به حتى يحلق رأسه قال ووربما دخل المسجد فأوتر فيه ولا يقرب البيت * قال مالك القاء التفث حلاق الشعر ولبس الثياب وما يتبع ذلك * قال يحيى سئل مالك عن رجل نسي الحلاق بمنى في الحج هل له زخعة في أن يحلق بمكة قال ذلك واسع والحلاق بمنى أحب إلى * قال مالك الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن أحداً لا يحلق رأسه ولا يأخذ من شعره حتى ينحر هدياً إن كان معه ولا يعمل من شيء حرم عليه حتى يعمل بمنى يوم النحر وذلك إن الله تبارك وتعالى قال ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله

(فصل) وقوله ولا يجمل من شيء حرم عليه حتى يحل يوم النحر يعني يردانه لا يكون تحلل من شيء من الاحرام قبل يوم النحر ولذلك قلنا انه لا يرمى الجرة ولا يحلق قبل طلوع الفجر من يوم النحر وهذا يقتضي انه لا يفيض قبل طلوع الفجر وقد تقدم للقاضي أبي الحسن نحو ذلك

التقصير

ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا افطر من رمضان وهو يري يد الحج لم يأخذ من رأسه ولا من لحيته شيئاً حتى يحج قال مالك وليس ذلك على الناس * ش قوله كان لا يأخذ من رأسه ولحيته شيئاً اذا نوى الحج بعد الفطر من رمضان لانه كان يريد توفير ما يأخذ من ذلك في حجه عند الحلاق واما ذلك مستحب ولذلك استحب للعمرة ان لا يحلق اذا كان بقرب الحج ليوثر شعره للحلاق في الحج ولعل عبد الله بن عمر كان يترك ذلك بعد الاخذ منه عند الفطر للتجمل للعيد ولذلك لم يوقت ترك الاخذ منه بما قبل العيد

(فصل) وقول مالك وليس ذلك على الناس يردانه لا يجب على الناس التزام مثل هذا على وجه الوجوب ويحتمل أن يردانه ليس عليهم على وجه الندب والاستحباب لانه لم يرد ما يؤيده عند مالك رحمه الله ولما فيه من طول التشعث وتقديم الامتناع من الاخذ من الشعر قبل الاحرام مدة طويلة والله أعلم ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا حلق في حج أو عمرة اخذ من لحيته وشاربه * ش قوله انه كان اذا حلق في حج أو عمرة اخذ من لحيته وشاربه يري دانه كان يقص منها مع حلق رأسه وقد استحب ذلك مالك رحمه الله لان الاخذ منها على وجه لا يغير الخلقة من الجلال والاستئصال لهما مثله كحلق رأس المرأة فنزع من استئصالها أو أن يقع منها ما يغير الخلقة ويؤدي الى المثلة وأما ما زائد منها وخرج عن حد الجلال الى حد التشعث وبقاؤه مثله فان أخذه مشرع فاما كانت من الشعور التي يجوز لأخذ منها تعلق بها حكم النسك على وجه الاستحباب ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ان رجلاً أتى القاسم بن محمد فقال اني أفضت وأفضت معي بأهلي ثم عدلت الى شعب فدنوت لادنوم من أهلي فقالت اني لم أقصر من شعري بعد فأخذت من شعرها باسناني ثم وقعت بها فضحك القاسم بن محمد وقال مرها فلناخذ من شعرها بالجلمين * قال مالك استحب في مثل هذا أن يهرق دماً وذلك ان عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيئاً فله يرق دماً * ش قوله اني أفضت وأفضت معي بأهلي يحتمل معنيين أحدهما انه توجه للافاضة وعدل الى الشعب في توجهه الى الافاضة ويحتمل أن يكون يريد بقوله أفضت طواف الافاضة وانه عدل الى الشعب لانصرافه من الافاضة الى منى وهو ظاهر اللفظ لقوله أفضت وانما يقتضي الافاضة الشرعية وهي طواف الافاضة

(فصل) وقوله فذهبت لادنوم من أهلي فقالت اني لم أقصر بعد منعتني الدنوم منها ومعناه الجماع لما لم تكن قصرت بعد وهذا يقتضي ان من طاف للافاضة ولم يحلق فانه لا يجامع أهله لانه قد بقي عليه شيء من التحلل لان الحلاق من التحلل في الحج

(فصل) وقوله فأخذت من شعرها باسناني ثم وقعت بها يري دانه رأى ذلك تقصيراً يبيح منها ما يمنعه عدم التقصير وضحك القاسم بن محمد رضي الله عنه بما أخبره به عن نفسه من الحرص على الجماع والتسبب له واقامته القص باسنانه لشيء من شعرها مقام التقصير اللازم لها حرصاً على بلوغ ما أراد منها

التقصير

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا افطر من رمضان وهو يري يد الحج لم يأخذ من رأسه ولا من لحيته شيئاً حتى يحج قال مالك ليس ذلك على الناس * وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان اذا حلق في حج أو عمرة اخذ من لحيته وشاربه * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ان رجلاً أتى القاسم بن محمد فقال اني أفضت وأفضت معي بأهلي ثم عدلت الى شعب فذهبت لادنوم من أهلي فقالت اني لم أقصر من شعري بعد فأخذت من شعرها باسناني ثم وقعت بها فضحك القاسم وقال مرها فلناخذ من شعرها بالجلمين قال مالك استحب في مثل هذا أن يهرق دماً وذلك ان عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيئاً فله يرق دماً

(فصل) وقوله من حافظنا أخذ من شعرها بالجلمين يحتمل أمرين أحدهما أنه علم أن أخذه من شعرها بأسنانه لا يمكنه استيعاب جميع شعرها بالتقصير وكان يرى أنه لا يجزئ إلا الاستيعاب فأمره بأن يقصر بالجلمين لانهما يمكن الاستيعاب بهما ويحتمل وجها آخر وهو أن يعتقد أنه لا يجزئ إلا خن من الشعر بالأسنان ولا يغيرها إلا ما كان من الحديد الذي اعتيد التقصير به وأما التقصير بالأضراس فإنه لا يقوم مقام القص بالجلمين

(فصل) وقوله مالك استحب في مثل هذا أن يهريق دما منعناه أن نلصق النساء قبل تمام تحله بالخلق كان عليه الدم وأيضا فان طوافه للأفاضة قبل الخلاق مما قد اختلف أصحابنا في إعادته في وجوب الهدى به فكيف إذا تحللها الوطء

(فصل) وقوله وذلك أن عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيئا فلهريق دما احتجاجه على ذلك بقول عبد الله بن عباس يحتمل أن يريد به أنه قول قد قاله غيره فجازله أن يذهب إليه بوجه من الاجتهاد ويقتضي ذلك أن النسيان والعمد عنده في ذلك سواء أولانه إذا كان عليه أن يهريق دما في نسيانه مع عذر النسيان فبأن يكون ذلك عليه في العمد والجهل أولى ولما احتج على ذلك بقول ابن عباس من نسي من نسكه شيئا اقتضى أن يكون الخلاق عنده نسكا والامتناء والدليل وفي ذلك وجه آخر وذلك أن ما قاله عبد الله بن عباس يقتضي وجوب الهدى لأن من نسي من نسكه شيئا كالميت بالمزدلفة أومى الجمار فقد وجب عليه الهدى وإن كان فيها ما يستحب فيه الهدى لكن لما احتمل قول ابن عباس الوجوب والندب واشتمل على المعنيين تعلق به الندب لانه متناول له ويجوز أن يكون مالك رحمه الله يريد بقوله استحب له أنه يستحب إيجابه عليه ويكون قول من أوجب ذلك أحب إليه من قول من لم يوجب فيكون الهدى على هذا القول واجبا والله أعلم

* وحديثي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه لقي رجلا من أهله يقال له المجبر قد أفاض ولم يخلق ولم يقصر جهل ذلك فأمره عبد الله أن يرجع فيخلق أو يقصر ثم يرجع إلى البيت فيفيض ثم يرجع إلى البيت فيفيض * وحديثي عن مالك أنه بلغه أن سالم بن عبد الله كان إذا أراد أن يحرم دعا بالجلمين فقصر شاربها وأخمن

وقد قلنا انما يعيد الأفاضة فوجه انهما تحلان مرتبان فاذا قدم الآخر منهما وجب الاتيان بهما لم يفت وقته كالخلق وري جرة العقبة ووجه القول الثاني انهما معنيان سنا بعد رمي الجرة وقبل رمي الجمار فتقدم أحدهما على الآخر لا يوجب الإعادة كالخلق والذبح (فرج) فان قلنا يعيد الأفاضة فان ذلك على الاستعاب وفي المختصر من ترك ذلك فلا شيء عليه ووجه ذلك ما قدمناه وهل عليه هدى أم لا روى ابن المواز عن مالك أن ذكر في أيام منى خلق ولا شيء عليه وإن ذكر بعد منى خلق وأهدى قال ابن القاسم إن تبعه ذلك بعد الأفاضة أهدى وليس لذلك حجة هذا الجواب يصح أن يكون لتأخير الخلاق على القولين جميعا في الأمر بإعادة الأفاضة وعلى القول الثاني والله أعلم وقد تقدم ذكره من مالك أنه بلغه أن سالم بن عبد الله كان إذا أراد أن يحرم دعا بالجلمين فقصر شاربها وأخذ من

لحيته قبل أن يركب وقبل أن يهل محرماً * ش قد روى عن ابن عمر أنه كان يوفّر شعر رأسه ولحيته إذا أراد الحج من آخر رمضان فيحتمل أن يكون سالم بن عبد الله رأى في ذلك خلاف رأيه ويحتمل أن يكون سالم إنما كان يفعل ذلك في العمرة وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك في الحج وحكمهما عندهما مختلف وأما قص الشارب فلم يختلفا فيه وقد روى في المجموعة عن مالك في الذي يريد أن يحرم لا بأس أن يقص شاربه ويقلم أظفاره ويتنور عندما يريد أن يحرم وأما شعر رأسه فأحب إلى أن يعني ويوفّر للشعث * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والفرق عندى بين الشارب والمحية والرأس أن الشارب يلحقه الاذبطولة ولا يلحق ذلك بطول شعر الرأس والمحية والثاني أن توفير المحية والرأس تشعيت لهما ولا يتشعث الشارب بأن لا يقصر شعره فلا يفيد توفيره شعناً

(فصل) وقوله أنه كان يفعل ذلك قبل أن يركب وقبل أن يهل يدل على أن ذلك عنده من جلة التنظيف وتوابع الغسل للإحرام فيجب أن يعمل باثر الغسل فإذا أكمل ذلك كله ركب فإذا استوت به راحلته أحرم

﴿ التلبيد ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران بن عمر بن الخطاب قال من ضفر فليحلق ولا تشبهوا بالتلبيد * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال من عقص رأسه أو ضفر أو لبّد فقد وجب عليه الحلاق * ش قوله من ضفر التضيير أن يضفر شعر رأسه إذا كان ذاجة ليمنع ذلك من الشعث والعقص أن يعقص شعره في قفاه إذا كان ذاجة لئلا يتشعث والعقد كذلك والتلبيد أن يجعل الصمغ في العاسول ثم يلطخ به رأسه عند الإحرام ليمنع ذلك من الشعث قال ذلك كله ابن حبيب فأمر عمر بن الخطاب من فعل هذه المعاني التي تمنع الشعث أن يحلق ولم يبع له التقصير وذلك على وجهين أحدهما أنه بدل ما تمتعوا به من مباحة الشعث والثاني أنه لا يكاد مع التلبيد أن يتوصل إلى التقصير من جميع الشعر وقد قال مالك في الموازية من لبّد أو عقص أو ضفر أو ربط شعره قبل أن يحرم من الرجال فلا بد من الحلق (مسألة) فإن لبّدت المرأة فقد قال مالك في الموازية ليس عليها إلا التقصير ومعنى ذلك ما قدمناه من أن المرأة ممنوعة من الحلاق وهذا يقتضي أن الحلاق للبدن إنما هو بدل ما فاته من الشعث وما منع منه التلبيد ولو كان امتناع التقصير من جميع الشعر لكان حكم المرأة في ذلك حكم الرجل لأنه لا بد لها في التقصير من جمع شعرها ولا تتوصل إلى ذلك عندى إلا بعد أن تمتشط ويذهب التلبيد

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه ولا تشبهوا بالتلبيد هكذا رواه أكثر الرواة أي لا تشبهوا به فإن من تشبه به وجب عليه ما وجب على الملبّد من الحلاق قاله ابن حبيب

﴿ الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران بن عمر بن الخطاب قال من ضفر فليحلق ولا تشبهوا بالتلبيد * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال من عقص رأسه أو ضفر أو لبّد فقد وجب عليه الحلاق * ش قوله من ضفر التضيير أن يضفر شعر رأسه إذا كان ذاجة ليمنع ذلك من الشعث والعقص أن يعقص شعره في قفاه إذا كان ذاجة لئلا يتشعث والعقد كذلك والتلبيد أن يجعل الصمغ في العاسول ثم يلطخ به رأسه عند الإحرام ليمنع ذلك من الشعث قال ذلك كله ابن حبيب فأمر عمر بن الخطاب من فعل هذه المعاني التي تمنع الشعث أن يحلق ولم يبع له التقصير وذلك على وجهين أحدهما أنه بدل ما تمتعوا به من مباحة الشعث والثاني أنه لا يكاد مع التلبيد أن يتوصل إلى التقصير من جميع الشعر وقد قال مالك في الموازية من لبّد أو عقص أو ضفر أو ربط شعره قبل أن يحرم من الرجال فلا بد من الحلق (مسألة) فإن لبّدت المرأة فقد قال مالك في الموازية ليس عليها إلا التقصير ومعنى ذلك ما قدمناه من أن المرأة ممنوعة من الحلاق وهذا يقتضي أن الحلاق للبدن إنما هو بدل ما فاته من الشعث وما منع منه التلبيد ولو كان امتناع التقصير من جميع الشعر لكان حكم المرأة في ذلك حكم الرجل لأنه لا بد لها في التقصير من جمع شعرها ولا تتوصل إلى ذلك عندى إلا بعد أن تمتشط ويذهب التلبيد

لحيته قبل أن يركب وقبل أن يهل محرماً * ش قد روى عن ابن عمر أنه كان يوفّر شعر رأسه ولحيته إذا أراد الحج من آخر رمضان فيحتمل أن يكون سالم بن عبد الله رأى في ذلك خلاف رأيه ويحتمل أن يكون سالم إنما كان يفعل ذلك في العمرة وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك في الحج وحكمهما عندهما مختلف وأما قص الشارب فلم يختلفا فيه وقد روى في المجموعة عن مالك في الذي يريد أن يحرم لا بأس أن يقص شاربه ويقلم أظفاره ويتنور عندما يريد أن يحرم وأما شعر رأسه فأحب إلى أن يعني ويوفّر للشعث * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والفرق عندى بين الشارب والمحية والرأس أن الشارب يلحقه الاذبطولة ولا يلحق ذلك بطول شعر الرأس والمحية والثاني أن توفير المحية والرأس تشعيت لهما ولا يتشعث الشارب بأن لا يقصر شعره فلا يفيد توفيره شعناً

(فصل) وقوله أنه كان يفعل ذلك قبل أن يركب وقبل أن يهل يدل على أن ذلك عنده من جلة التنظيف وتوابع الغسل للإحرام فيجب أن يعمل باثر الغسل فإذا أكمل ذلك كله ركب فإذا استوت به راحلته أحرم

﴿ الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران بن عمر بن الخطاب قال من ضفر فليحلق ولا تشبهوا بالتلبيد * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال من عقص رأسه أو ضفر أو لبّد فقد وجب عليه الحلاق * ش قوله من ضفر التضيير أن يضفر شعر رأسه إذا كان ذاجة ليمنع ذلك من الشعث والعقص أن يعقص شعره في قفاه إذا كان ذاجة لئلا يتشعث والعقد كذلك والتلبيد أن يجعل الصمغ في العاسول ثم يلطخ به رأسه عند الإحرام ليمنع ذلك من الشعث قال ذلك كله ابن حبيب فأمر عمر بن الخطاب من فعل هذه المعاني التي تمنع الشعث أن يحلق ولم يبع له التقصير وذلك على وجهين أحدهما أنه بدل ما تمتعوا به من مباحة الشعث والثاني أنه لا يكاد مع التلبيد أن يتوصل إلى التقصير من جميع الشعر وقد قال مالك في الموازية من لبّد أو عقص أو ضفر أو ربط شعره قبل أن يحرم من الرجال فلا بد من الحلق (مسألة) فإن لبّدت المرأة فقد قال مالك في الموازية ليس عليها إلا التقصير ومعنى ذلك ما قدمناه من أن المرأة ممنوعة من الحلاق وهذا يقتضي أن الحلاق للبدن إنما هو بدل ما فاته من الشعث وما منع منه التلبيد ولو كان امتناع التقصير من جميع الشعر لكان حكم المرأة في ذلك حكم الرجل لأنه لا بد لها في التقصير من جمع شعرها ولا تتوصل إلى ذلك عندى إلا بعد أن تمتشط ويذهب التلبيد

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه ولا تشبهوا بالتلبيد هكذا رواه أكثر الرواة أي لا تشبهوا به فإن من تشبه به وجب عليه ما وجب على الملبّد من الحلاق قاله ابن حبيب

* وجدني عن مالك
عن ابن شهاب عن سالم
ابن عبد الله انه قال كتب
عبد الملك بن مروان الى
الحجاج بن يوسف أن لا
تخالف عبد الله بن عمر
في شيء من أمر الحج قال
فلما كان يوم عرفة جاءه
عبد الله بن عمر حين زالت
الشمس وأنا معه فصاح به
عند سرادقه ان هذا اخرج
عليه الحجاج وعليه ملحفة
معصرة فقال مالك يا أبا
عبد الرحمن فقال الرواح
ان كنت تريد السنة فقال
أهذه الساعة قال نعم قال
فانظرني حتى أفيض على
ماء ثم أخرج فزل عبد
الله حتى خرج الحجاج
فسار بيني وبين أبي فقلت
له ان كنت تريد أن تصيب
السنة اليوم فاقصر
الخطبة ومجّل الصلاة فجعل
الحجاج ينظر الى عبد الله
ابن عمر كما يسمع ذلك منه
فلما سمع ذلك عبد الله قال
صدق سالم

(فصل) وقول عبد الله فسألت بلالا حين خرج دليل على حرصه على العلم واقتفائه لآثار النبي صلى الله عليه وسلم وتحفظه على مشاهدتها وسؤاله عما غاب عنه فقال له بلال جعل عمودا عن يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى وذلك دليل على جواز الصلاة في البيت وهذا قال جمهور الفقهاء لأن لفظ الصلاة إذا أطلق في الشرع اقتضى الصلاة المعهودة دون الدعاء وإن كان اسم الصلاة ينطلق عليه الآن عرف الشرع جرى في استعمال هذه اللفظة على الصلاة التي فيها الركوع والسجود فوجب حمل هذه اللفظة على ذلك الآن بدل دليل على غير ذلك هكذا روى هذا الحديث مالك وغيره من رواية نافع ورواية مجاهد فقال أي ابن عمر فقيل له هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة قال ابن عمر فأقبلت والنبي صلى الله عليه وسلم قد خرج وأجد بلالا قائما بين الناس فسألته فقلت صلى الله عليه وسلم في الكعبة قال نعم ركعتين بين السارينتين اللتين على يسارك إذا دخلت ثم خرج فصلي في وجه القبلة ركعتين ص ص مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أنه قال كتب عبد الملك بن هروان إلى الحجاج بن يوسف أن لا يخالف عبد الله بن عمر في شيء من أمر الحج قال فلما كان يوم عرفة جاء عبد الله بن عمر حين زالت الشمس وأنامعه فصاح به عند سراقه ابن هناد فخرج عليه الحجاج وعليه ملحفة معصرة فقال مالك يا أبا عبد الرحمن فقال الراح إن كنت تريد السنة فقال أهذه الساعة قال نعم قال فانظري حتى أفيض على ماء ثم أخرج فقلز عبد الله بن عمر حتى خرج الحجاج فسار بيني وبين أبي فقلت له إن كنت تريد أن تصيب السنة اليوم فأقصر الخطبة وعجل الصلاة فجعل الحجاج ينظر إلى عبد الله بن عمر كي ما يسمع ذلك منه فلما رأى ذلك عبد الله بن عمر قال صدق سالم ص قول عبد الملك للحجاج لا تخالف ابن عمر في أمر الحج إقرار بدينه وعلمه وأنه القدوة في زمانه الذي يجب أن يقتدى به أهل وقته ومضى عبد الله إلى الحجاج حين زالت الشمس يوم عرفة مسارعة إلى الخير ومعونة عليه وحرصا على إثبات ما عنده من العلم ونشره وانتفاع الناس به وتوجيهه إليه حين زالت الشمس هو السنة لما يلزم من تعجيل الصلاة ذلك اليوم وقد ذكر جابر بن عبد الله من حديث النبي صلى الله عليه وسلم في الحج حتى إذا زاغت الشمس أمر بالقصوى فرحلت له فركب حتى أتى بطن الوادي فخطب الناس وذكر الحديث فالسنة تعجيل الصلاة في ذلك اليوم ليتعجل الوقوف وقد قال ابن حبيب يبدأ بالخطبة إذا زالت الشمس أو قبل الزوال يسير قدر ما يفرغ من الخطبة وقبل زالت الشمس قال الشيخ أبو محمد وفي قول ابن حبيب هذا نظر وقد قال أشهب في كتابه إذا خطب قبل الزوال لم يجزه وليعد الخطبة الآن يكون قد صلى الظهر يريد بعد الزوال فتجزئه وهذا التأويل من الشيخ أبي محمد فيه نظر لأنه قد عاده فيه إلى ما أنكره على ابن حبيب وقوله الآن يكون قد صلى الظهر إنما يريد أشهب أنه لا يعيد الخطبة بعد الصلاة لأنه قد فات وقتها وهي نافلة وأما الصلاة فقد علم أنها لا تجزئ قبل الزوال فلا معنى لاشتراط ذلك فيها والذي يتحقق من الخلاف بين ابن حبيب وأشهب أن ابن حبيب يرى أن يؤتى بالخطبة قبل الزوال وأشهب

يمنع من ذلك ويرى اعادة المن فعل ذلك الا ان يفوت بفعل الصلاة والصلاة لا تكون الا بعد الزوال على كل حال وانما جاز ذلك لان الخطبة ليست للصلاة وانما هي تعليم للحجاج ولذلك لم يغير حكم الصلاة في الجهر ولم يتقدم الاذان عليها فلم يكن من شرطها أن يكون وقتها وقت الصلاة وانما من حكمها ذلك لما نثر من اتصالها بالصلاة والله أعلم

(فصل) ولعل عبد الله بن عمر انما صاح عند سرادقه ليكون أسرع لخروجه من ادخال الاذن عليه وهذا كله ما أراد من الاسراع وتعجيل الوقوف ونزول الحجاج وعليه ملحفة معصوفة يحتمل أن تكون غير مقدمة وان كان المصوغ كله مكرها واللائمة لكن ليس الحجاج ممن يقتدى به في ذلك فيغترب بذلك من رآه يلبس المصوغ

(فصل) وقوله الرواح ان كنت تريد السنة يقتضي انه بعد الزوال الا أنه أعلمه ان السنة التعجيل وقول الحجاج أهذه الساعة دليل على انه كان يعتقد تأخير الصلاة والوقوف عن ذلك الوقت حتى أعلمه عبد الله بن عمر أن السنة التعجيل في ذلك الوقت فلما قال له الحجاج انظرني حتى أفيض على ماء وكان الغسل في ذلك اليوم مشروعا لاسيما لمن يؤم بالناس انتظره رفقا به وعونا على الطاعة

(فصل) وقول سالم وسار بيني وبين أبي يحتمل أن يكونوا على رواحهم لان السنة الركوب في ذلك الموطن لمن كانت له راحلة وحجرا كبا كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقد تقدم ذكره من حديث جابر وقول سالم له ان كنت تريد السنة اليوم الظاهر انها سنة النبي صلى الله عليه وسلم وبتصديق عبد الله بن عمر له يدخل في المسند

(فصل) وقوله فاقصر الخطبة وعجل الوقوف أحبابنا العراقيون يطلقون انه لا يخطب الامام يوم عرفة ومعنى ذلك انه ليس لما أتى به من الخطبة تعلق بالصلاة كخطبة الجمعة ولا يغير حكم الصلاة فينقلها الى القصر والجهر وهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يخطب الامام يوم عرفة وكذلك يقول جميع أصحابنا المغاربة والمدنيون يقولون يخطب الامام الا انهم لا يجعلون للخطبة حكم الخطبة للصلاة فيما نذكره وانما يجعلون لها حكم التعليم ولا يبعد أن يكون ابن حبيب انما قال يخطب بعرفة قبل الزوال لانها ليست للصلاة لو كانت للصلاة لوجب أن يشتر كافي الوقت وقد قال مالك كل صلاة يخطب لها فانه يجهر فيها بالقراءة فقليل له فعرقة يخطب فيها ولا يجهر لها بالقراءة فقال انما تلك للتعليم وما بين أنها ليست للصلاة ان المؤذن لا يؤذن الا بعد الخطبة ولو كانت الخطبة للصلاة لوجب أن يؤذن في أول الخطبة كالجمعة (مسألة) ومن حكم هذه السنة أن يخطب خطبتين يجلس بينهما قال ابن الموزان

وخطب الحج ثلاث أولهن قبل يوم التروية بيوم بعد صلاة الظهر في المسجد الحرام وقيل قبل الزوال والأول قولنا وهي لا يجلس في وسطها يعلم الناس مناسكهم ونزولهم الى منى وصلاتهم بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح يوم عرفة وغدوهم منها وغير ذلك والخطبة الثانية بعرفة يجلس فيها وهي تعليم الناس ما بقي من مناسكهم من صلاتهم بعرفة ووقوفهم بها ودفنهم ومبيتهم بمزدلفة وصلاتهم بها ووقوفهم بالمسعى الحرام والدفع منه وري جرة العقبة والحلق والنحر والافاضة والخطبة الثالثة بعد يوم النحر بيوم وهو أول أيام الرمي وهي خطبة واحدة لا يجلس فيها وهي بعد الظهر يعلم الناس الرمي وأوقاته وكيف هو يوم نفرهم وما لهم من التعجيل في يومين وتعجيل الافاضة والسعة في تأخيرها وليتوته بمنى لياى منى ولا يجهر بالقراءة في صلاته في شئ من هذه الخطب قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون وتفتح هذه الخطب الثلاث بالتكبير كالأعياد ويكبر في خلال

كل خطبة وتجلس في وسطها بين كل خطبتين (مسئلة) ومتى يؤذن للظهر قال ابن حبيب يؤذن للظهر اذا جلس الامام بين الخطبتين وفي العتيسة من رواية ابن القاسم عن مالك يؤذن يوم عرفة والامام يخطب وفي المدونة اذا فرغ الامام من خطبته فعد على المنبر وأذن المؤذن فاذا فرغ من أذانه قام فزل الامام فصلى بالناس (فرع) ويؤذن لصلاة الظهر ويقام لها وأما صلاة العصر فقال أبو القاسم في المدونة يؤذن لها ويقام لها وقال ابن الماجشون لا يؤذن للعصر ويقام لها وجه قول ابن القاسم أنهم ساءلوا فافرض يجمع بينهما فكان لكل واحدة منهما أذان واقامة كالصلاتين يجمعان في السفر أو المطر

✽ الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك

عن نافع ان عبد الله بن

عمر كان يصلي الظهر

والعصر والمغرب والعشاء

والصبح بمنى ثم يغدو اذا

طلعت الشمس الى عرفة

قال مالك والأمر الذي

لاختلاف فيه عندنا ان

الامام لا يجهر بالقرآن

في الظهر يوم عرفة وأنه

يخطب الناس يوم عرفة

وأن الصلاة يوم عرفة

انما هي ظهروان وافقت

الجمعة فاتماهي ظهر ولكنها

قصرت من أجل السفر

قال مالك في امام الحاج

اذا وافق يوم الجمعة يوم

عرفة أو يوم النحر أو بعض

أيام التشريق انه لا يجمع

في شيء من تلك الأيام

✽ الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة ✽

ص ✽ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة ✽ ش قوله انه كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى يريد انه كان يخرج من مكة يوم التروية وهو يوم منى وهو الثامن من العشر قال ابن حبيب اذا مالئت الشمس من يوم التروية فطف بالبيت سبعاً واركع واخرج الى منى فان خرجت قبل ذلك فلا حرج وروى ابن المواز عن مالك يخرج من مكة يوم التروية بقدر ما يصلون بها الظهر فاذا وصل الى منى صلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ثم يبيت بها الى أن يصبح فيصلي الصبح وكذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله في القرب على الوجوب أو التنب فاذا دل دليل على انتفاء الوجوب فهي على التنب (مسئلة) وكره مالك المقام بمكة يوم التروية حتى يمسي إلا أن يدركه وقت الجمعة بمكة يوم التروية من مكى أو غيره قال في باب آخر من أقام بها أربعاً أيام فعليه أن يصلوا الجمعة قبل أن يخرجوا قال ابن القاسم معناه انه ممن يلزمه اتمام الصلاة قال أصبغ فأما المسافر فان شاء خرج وان شاء صلى الجمعة وأخر الى أن يصلي لفضية المسجد الحرام قال محمد وأحب الى خروجه الى منى ليدرك بها الظهر والعصر وانما تكلم مالك عن منى لم يفعل حتى أخذته الوقت

(فصل) وقوله ثم يغدو اذا طلعت الشمس الى عرفة هو السنة وقد روى ابن المواز عن مالك يغدو الامام والناس اذا طلعت الشمس الى عرفة الا من كان ضعيفاً أو بدايته علة فلا بأس أن يغدو قبل طلوع الشمس وذلك كله لما قدمناه من الاقتداء بفعل النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن حبيب ومن غدا من منى الى عرفة قبل طلوع الشمس فلا يجاوز بطن محسر حتى تطلع الشمس على ثبير ومعنى ذلك ان ما قبل بطن محسر في حكم منى فلا يكون غادياً الى عرفة الا بخروجه من منى الى بطن محسر بعد طلوع الشمس ص ✽ قال مالك والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان الامام لا يجهر بالقرآن في الظهر يوم عرفة وأنه يخطب الناس يوم عرفة وان الصلاة يوم عرفة انما هي ظهروان وافقت الجمعة فاتماهي ظهر ولكنها قصرت من أجل السفر ✽ قال مالك في امام الحاج اذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق انه لا يجمع في شيء من تلك الأيام ✽ ش قوله ان الامام لا يجهر بالقرآن في الظهر من يوم عرفة لان الخطبة لا تأثر لها فيها لما قدمناه واذا وافق فاتماهي ظهراً أيضاً وانما تقصر السفر وليست بصلاة جعة لان عرفة ليست بموضع تجميع لان التجميع لا يكون الا بموضع استيطان واقامة وعرفة ليست بدار قرار ولا بدار استيطان ولا اقامة فلا يجمع فيها وايضا فانه ليس فيها قرية وهي شرط في صحة الجمعة

(فصل) واذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق لم يجمع في شيء من ذلك أما في عرفة فلما قدمناه وأما منى فانها وإن كانت قرية مبنية فليست بدار استيطان ولا إقامة ولا لها أهل يستوطنونها وانما يسكنها الناس أيام منى خاصة وما كان بهذه المثابة فلا يجوز أن يجمع فيها ولو سكنت واستوطنت لكان حكمها حكم سائر البلاد في التجميع والله أعلم

﴿ صلاة المزدلفة ﴾

ص * مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً * ش قوله انه صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً يحتمل من جهة اللفظ انه صلى كل واحدة منهما بالمزدلفة وان كان صلى كل واحدة منهما منفردة ويحتمل أن يكون جمع بينهما وهو الاظهر لأنه يقتضي الأمرين جميعاً لجمع بينهما بالمزدلفة والجمع بينهما على سنة الجمع ص * مالك عن موسى بن عقبة عن كريب بن عبد الله عن عباس عن أسامة بن زيد انه سمعه يقول دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال فتوضاً فلم يسبغ الوضوء فقلت له الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضاً فأسبغ الوضوء ثم أقمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بغيره في منزله ثم أقمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما شيئاً * ش قوله دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة تقدم أن دفعه كان بعد غروب الشمس وقد قال ابن حبيب واذا دفع الامام من عرفة فارفع يديك الى الله سبحانه وتعالى وادفع وعليك السكينة والوقار وان كنت رجلاً فامش الهويناً ولا تنسل وان كنت راكباً فاعتق ولا تهول ولا بأس اذا وجدت فجوة أن تحررك شيئاً والاصل في ذلك حديث أسامة بن زيد المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص (مسئلة) ويستحب أن يأخذ في طريقه من عرفة الى المزدلفة بين المأزمين رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك قال فان أخذ من غير ذلك الطريق فلا شيء عليه لأنه ليس فيه اخلاخل النسك

(فصل) وقوله حتى اذا كان بالشعب نزل فبال ليس النزول بالشعب بسنة ولا مشروع لأنه ليس من جنس العبادات قال ابن حبيب لم ينزل النبي صلى الله عليه وسلم بين عرفات وجع الالهرق الماء وقال عكرمة الشعب التي كانت الامراء تنزله اتخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم مبالاً واتخذتموه مصلى

(فصل) وقوله فتوضاً ولم يسبغ الوضوء يريد بقوله توضاً الاستنجاء من البول ويريد بقوله لم يسبغ الوضوء لم يتوضاً وضوء الحدث ولذلك قال أسامة الصلاة يا رسول الله تذكرها لما رأى من تركه الاستعداد لها بالوضوء ويحتمل أن يريد بقوله فتوضاً وضوء الحدث وأراد بقوله ولم يسبغ الوضوء لم يبلغ فيه مبالغة اذا أراد الصلاة به وقد روى هذا المعنى في الحديث فيكون وضوء ذلك وضوء آخر ليكون على طهارة والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الصلاة أمامك يقتضي أن ذلك ليس بوقت الصلاة أو أن ذلك ليس بموضع للصلاة أو أن الأمرين جميعاً قد اتفقا هناك وذلك أن من وقف بعرفة لا يدخلها أن يقف بهامع الامام أو باثر دفع الامام فن وقف مع الامام ودفع بدفعه فقد قال مالك لا يصلى حتى يأتي المزدلفة فيجمع بينهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الصلاة أمامك

﴿ صلاة المزدلفة ﴾

* حديثي يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً * وحديثي عن مالك عن موسى بن عقبة عن كريب بن عبد الله عن عباس عن أسامة بن زيد انه سمعه يقول دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال فتوضاً فلم يسبغ الوضوء فقلت له الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضاً فأسبغ الوضوء ثم أقمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بغيره في منزله ثم أقمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما شيئاً

(فصل) فمن صلى قبل أن يأتي المزدلفة دون عذر فقد قال ابن حبيب يعيد بمجيء علم منزلة من صلى قبل الزوال لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة امامك وبه قال أبو حنيفة وقال أشهب بنس مناصع ولا إعادة عليه إلا أن يصلحها قبل مغيب الشفق فيعيد العشاء وحدها أبدا وبه قال الشافعي وهو الذي نصره القاضي أبو الحسن واحتج له بأن هاتين صلاتان سن الجمع بينهما فلم يكن ذلك شرطا في صحتهما وإنما كان على معنى الاستحباب كالجمع بين الظهر والعصر بعرفة (مسألة) ومن أسرع فأتى المزدلفة قبل مغيب الشفق فقد قال ابن حبيب لا صلاة لمن عجل إلى المزدلفة قبل مغيب الشفق إلا لامام ولا غيره حتى يغيب الشفق ووجه ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الصلاة امامك ثم صلاها بالمزدلفة بعد مغيب الشفق ومن جهة المعنى أن وقت هذه الصلاة بعد مغيب الشفق فلا يجوز أن يؤتى بها قبله ولو كان لها وقت قبل مغيب الشفق لما أخرت عنه وقدر وى عن عبد الله بن مسعود (مسألة) وأما من أتى عرفة بعد دفع الامام وكان له عذر ممن وقف مع الامام فقد قال ابن المواز من وقف بعد الامام فليصل كل صلاة لوقتها وقال مالك فممن كان له عذر يمنعه أن يكون مع الامام أنه يصلي اذا غاب الشفق الصلاتين يجمع بينهما وهذا يقتضى مراعاته للوقت دون المكان وقال ابن القاسم فممن وقف بعرفة بعد الامام ان رجاء أن يأتي المزدلفة ثلث الليل فليؤخر الصلاتين حتى يأتي المزدلفة والأصل كل صلاة لوقتها فجعل ابن المواز تأخير الصلاة إلى المزدلفة لمن وقف مع الامام دون غيره واعتبر مالك بالوقت دون المكان واعتبر ابن القاسم بالوقت المختار للصلاة والمكان فان خاف فوات الوقت المختار بطل اعتبار المكان وكان مراعاة وقتها المختار أولى

(فصل) وقوله فلما جاء المزدلفة توضأ فأسبغ الوضوء ان كان وضوؤه الاول هو الاستنجاء فانه يريد بالوضوء ههنا وضوء الحدث وان كان وضوؤه بالشعب وضوء الحدث غير أنه اقتصر فيه على أقل الواجب فان اسباغه ههنا الايتان به على أتم أحواله

(فصل) وقوله ثم أقيمت الصلاة فصلي يردانه بدأ بالصلاة ولم يؤخرها لأن حلولها انما هو مغيب الشفق ومغيب الشفق مع الوصول إلى المزدلفة وقد وجد الامر ان فيجب تقديم ما قد سئل مالك فممن أتى المزدلفة أبدا بالصلاة أم يؤخر حتى يحط عن راحلته فقال أما الرجل الخفيف فلا بأس أن يبدأ به قبل الصلاة وأما المحامل والزوامل فلا يرى ذلك وليبدأ بالصلاتين ثم يحط راحلته وقال أشهب في كتابه لو حط رحله وحطه له بعد أن يصلي المغرب أحب إلى ما لم يضطر إلى ذلك لما بدايته من الثقل أو لغبر ذلك من العذر ووجه ذلك أن تقديم الصلاة مشرووع لان ذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم غير أن العمل اليسير ليس بفاصل بين الوصول والصلاة لاسيما اذا كان لعذر وقد توضحا النبي صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة

(فصل) وقوله فصلي المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره ثم أقيمت العشاء فصلاها يريد والله أعلم تعجيل صلاة المغرب عند الوصول أو قبل أن يعيد كل انسان مكان نزوله فلما صلى المغرب اتسع الوقت للعشاء فذهب كل انسان إلى تعيين مكان نزوله واناخه بعيره به وتعيشى النبي صلى الله عليه وسلم بعد ذلك على رواية ابن مسعود ليتم كل انسان ما يحتاج اليه من اناخه بعيره والتخفيف عن راحلته قال أشهب يحط عن راحلته بعد المغرب ان شاء وان لم يكن بها ثقل فان ذلك قريب لاتفاوت فيه بين الصلاتين وليس ذلك بعمل مشرووع بين الصلاتين فيعتبر وانما هو مباح موسع فيه

(فصل) وقوله ثم أقيمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما يردانه أنه لم يتنفل بينهما وقدر وى عن عبد الله

ابن مسعود أنه صلى بعد المغرب ركعتين ثم تعشى ثم صلى العشاء وبقا أشبه لا يتعشى قبل أن يصلي المغرب وان خفف وليصل المغرب ثم يتعشى قبل أن يصلي العشاء ان كان عشاؤه خفيفا وان كان فيه طول فليؤخره حتى يصلي العشاء أحب الي ويحتمل هذا أن يكون الجمع هناك ليس بمقصود في نفسه وإنما المقصود تأخير المغرب الى بعد مغيب الشفق ويحتمل أن يكون هذا العمل اليسير ليس بفاضل ولا مانع من حكم الجمع على ما قال أشهب وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما نافلة ولم يسبح بينهما ولا على أثر واحدة منهما وهذا يحتمل أن يقصد الوقت والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن عدي بن ثابت الانصاري ان عبد الله بن يزيد الخطمي أخبره ان أبا أيوب الأنصاري أخبره انه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع المغرب والعشاء بالمرزلفة جميعا * وحديثي عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي المغرب والعشاء بالمرزلفة جميعا * ش هذا اللفظ يحتمل معنيين أحدهما انه صلى الصلاتين بالمرزلفة والثاني انه صلاهما بالمرزلفة على حكم الجمع بينهما وحل اللفظ على الوجهين أولى لاحتماله لهما ولا تنافي بينهما الا أن يدل دليل على غير ذلك فينبى الى ما دل عليه والله أعلم

* صلاة منى *

ص * قال مالك في أهل مكة انهم يصلون بمنى اذا حجوا ركعتين ركعتين حتى ينصرفوا الى مكة * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الصلاة بمنى ركعتين وان أبا بكر صلاها بمنى ركعتين وأن عمر بن الخطاب صلاها بمنى ركعتين وان عثمان بن عفان صلاها بمنى ركعتين شطر أمارته ثم أتمها بعد * ش قوله في أهل مكة انهم يصلون اذا حجوا ركعتين يريدانهم اذا حجوا اقتضى ذلك بلوغا الى عرفة ورجوعا الى مكة ولو كان منتهى سفرهم عرفة لما قصروا الصلاة واحتسب في هذا السفر بالذهاب والرجوع لان من خرج من مكة الى عرفة محرما بالحج فلا بد له من الرجوع الى مكة بحكم الاحرام الذي دخل فيه لانه لا يضح أن يتم عمله الذي دخل فيه الا بالرجوع الى مكة وأما سائر الاسفار فان نوى فيه المسير والجمي فانه لا يلزمه الرجوع وله أن يقسم في منتهى سفره أو يمضي منه الى موضع سواء فأخبر مالك ان الواجب على أهل مكة اذا خرجوا للحج أن يصلوا ركعتين حتى ينصرفوا الى مكة وذلك يقتضى أن يصلوا بهما ركعتين في البداية والعودة ويصلون كذلك بعرفة والمزلفة وغيرهما والله أعلم

(فصل) وقوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بمنى ركعتين بما احتج به على صحة قوله من أن حكم المصلي بمنى التقصير وكذلك فعل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وعثمان بعض خلافة ثم أتم وقد اختلف الناس في معنى اتمامه ف قيل انه كان اتخذ أهلا بمكة فرأى انه لا يقصر مكي لانه اعتبر في سفره من مكة بالخروج الى عرفة دون العودة الى مكة وهذا لم يثبت وهو من المهاجرين ولا يجوز للهاجرين استيطان مكة وقيل انه رأى الامام أفضل وهو رأى جماعة من الفقهاء أن الاتمام فضيلة والتقصير رخصة وأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قصر تخفيفا على الناس وليتيسر جواز التقصير والذي ذهب اليه مالك أن التقصير أولى وقد روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين ومع أبي بكر وعمر ركعتين فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متبعتان ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب لما نهم مكة صلى بهم ركعتين ثم انصرف فقال يا أهل مكة أنتموا صلاتكم فانما قوم سفر ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين بمنى

عن يحيى بن سعيد عن عدي بن ثابت الانصاري ان عبد الله بن يزيد الخطمي أخبره ان أبا أيوب الأنصاري أخبره انه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع المغرب والعشاء بالمرزلفة جميعا * وحديثي عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يصلي المغرب والعشاء بالمرزلفة جميعا

* صلاة منى *

* قال مالك في أهل مكة

انهم يصلون بمنى اذا حجوا ركعتين ركعتين حتى ينصرفوا الى مكة * وحديثي

عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

صلى الصلاة بمنى ركعتين وأن أبا بكر صلاها بمنى ركعتين وأن عمر بن

الخطاب صلاها بمنى ركعتين وان عثمان صلاها بمنى ركعتين شطر أمارته ثم

أتمها بعد * وحديثي عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان عمر

ابن الخطاب لما قدم صلى بهم ركعتين ثم انصرف فقال يا أهل مكة أنتموا صلاتكم

فانما قوم سفر ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين بمنى

النهار شيئاً فكبّر

فكبّر الناس بتكبيره ثم خرج الثانية من يومه ذلك بعد ارتفاع النهار فكبّر فكبّر الناس بتكبيره ثم خرج الثالثة حين زادت الشمس فكبّر فكبّر الناس بتكبيره حتى يتصل التكبير ويبلغ البيت فيعلم أن عمر قد خرج ليرمي الشجرة ويبلغ البيت فيعلم أن عمر قد خرج ليرمي الشجرة عندئذ أن التكبير في أيام التشريق دبر الصلوات وأول ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الظهر من يوم النحر وآخر ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الصبح في آخر أيام التشريق ثم يقطع التكبير * قال مالك والتكبير في أيام التشريق على الرجل والنساء من كان في جماعة أو وحده يعني أو بالآفاق كلها واجب وانما يأتى الناس في ذلك بالأمم الحاج والناس يعني لانهم اذا رجعوا وانقضى الاحرام ائتموا بهم حتى يكونوا مثلهم في الحل فاما من لم يكن حاجاً فانه لا يأتى بهم الا في تكبير أيام التشريق قال مالك الايام المحدودات أيام التشريق

النهار شيئاً فكبّر فكبّر الناس بتكبيره ثم خرج الثانية من يومه ذلك بعد ارتفاع النهار فكبّر فكبّر الناس بتكبيره ثم خرج الثالثة حين زادت الشمس فكبّر فكبّر الناس بتكبيره حتى يتصل التكبير ويبلغ البيت فيعلم أن عمر قد خرج ليرمي الشجرة ويبلغ البيت فيعلم أن عمر قد خرج ليرمي الشجرة عندئذ أن التكبير في أيام التشريق دبر الصلوات وأول ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الظهر من يوم النحر وآخر ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الصبح في آخر أيام التشريق ثم يقطع التكبير * قال مالك والتكبير في أيام التشريق على الرجل والنساء من كان في جماعة أو وحده يعني أو بالآفاق كلها واجب وانما يأتى الناس في ذلك بالأمم الحاج والناس يعني لانهم اذا رجعوا وانقضى الاحرام ائتموا بهم حتى يكونوا مثلهم في الحل فاما من لم يكن حاجاً فانه لا يأتى بهم الا في تكبير أيام التشريق قال مالك الايام المحدودات أيام التشريق

(فصل) وما روى عن عمر في ذلك أول يوم من أيام التشريق قال ابن حبيب يبنى لاهل منى وغيرهم أن يكبروا أول النهار ثم اذا ارتفع ثم اذا زالت الشمس ثم بالعشي وكذلك فعل عمر وأما أهل الآفاق وغيرهم ففي خروجهم الى المصلى وفي دبر الصلوات ويكبرون في خلال ذلك ولا يجهرون والحجاج يجهرون به في كل الساعات الى الزوال من اليوم الرابع فيرمون ثم ينصرفون بالتلهيل والتكبير حتى يصلوا الظهر بالمحصب ثم ينقطع التكبير * قال مالك الامر عندنا ان التكبير في أيام التشريق دبر الصلوات وأول ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الظهر من يوم النحر وآخر ذلك تكبير الامام والناس معه دبر صلاة الصبح من آخر أيام التشريق ثم يقطع التكبير * قال مالك والتكبير في أيام التشريق على الرجل والنساء من كان في جماعة أو وحده يعني أو بالآفاق كلها واجب وانما يأتى الناس في ذلك بالأمم الحاج والناس يعني لانهم اذا رجعوا وانقضى الاحرام ائتموا بهم حتى يكونوا مثلهم في الحل فاما من لم يكن حاجاً فانه لا يأتى بهم الا في تكبير أيام التشريق * قال مالك التكبير في أيام التشريق على الرجل والنساء من كان في جماعة أو وحده يعني أو بالآفاق كلها واجب وانما يأتى الناس في ذلك بالأمم الحاج والناس يعني لانهم اذا رجعوا وانقضى الاحرام ائتموا بهم حتى يكونوا مثلهم في الحل فاما من لم يكن حاجاً فانه لا يأتى بهم الا في تكبير أيام التشريق قال مالك التكبير في أيام التشريق على الرجل والنساء من كان في جماعة أو وحده يعني أو بالآفاق كلها واجب وانما يأتى الناس في ذلك بالأمم الحاج والناس يعني لانهم اذا رجعوا وانقضى الاحرام ائتموا بهم حتى يكونوا مثلهم في الحل فاما من لم يكن حاجاً فانه لا يأتى بهم الا في تكبير أيام التشريق

(فصل) وقوله دبر الصلوات يريد الصلوات الخمس رواء على بن زياد عن مالك في المدونة دون النوافل خلافاً لبعض التابعين لان في تخصيص هذه الصلوات بذلك تعظيماً لها ولانه ذكر واجب فوجب أن يختص من الصلوات بالواجب منها

(فصل) وقوله وأول ذلك تكبير الامام في عقب صلاة الظهر من يوم النحر وآخره تكبيره عقب صلاة الصبح من آخر أيام التشريق ومعنى ذلك ان هذه صلاة الناس يعني لان صلاة الفجر يوم النحر ائتموا على المزدلفة وصلاة الظهر في آخر أيام التشريق لا تصلى معنى وانما يرمى الجمار الحاج ثم ينفر فيصلى الظهر بالمحصب أو حيث أدركته الصلاة من طريقه وقال الشافعي يكبر في صلاة الظهر من آخر أيام التشريق ووجه قول مالك ما قدمناه قال الشيخ أبو القاسم وذلك في خمس عشرة صلاة وأما صلاة الظهر من يوم النحر وآخرها صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وفي كتاب ابن سحنون فحين قضى صلاة من أيام التشريق بعدها فلا تكبير عليه ومعنى ذلك ان لهذا التكبير

اختصاص بهذه الأيام لقوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات (مسئلة) فمن نسي التكبير
بإثر الصلاة كبران كان قريبا وان تباد فلا شيء عليه وجه القول الأول ان المراعى في ذلك القرب
لانه مضاف الى الصلاة وفي المدونة من قول مالك ان نسي الامام التكبير فان كان قريبا فعد فكبر
وان تباد فلا شيء عليه وان ذهب ولم يكبر والقوم جلوس فليكبر واوجه القول الثاني مراعاة الحال
التي يتحلل عليها من الصلاة فاذا فارقها فلا شيء عليه

(فصل) قال في المدونة ويكبر الناس والمسافرون ومن صلى وحده وأهل البوادي والعبيد وغيرهم
من المسلمين وقال في المختصر ولا يكبر النساء دبر الصلوات وجه القول الأول ان المرأة ممن يلزمها
حكم الاحرام كالرجل ووجه القول الثاني انه معنى من حكمه الاعلان فلم يثبت في حق المرأة ابتداء
كلاذان (مسئلة) وصفة التكبير قال في المجموعة على بن زياد عن مالك التكبير دبر الصلوات
الله أكبر الله أكبر الله أكبر وفي المختصر عن مالك الله أكبر الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله
أكبر الله أكبر والله الحمد قال الشيخ أبو القاسم وذلك ست كلمات وان اقتصر على ثلاث تكبيرات
متواليات أجره والأول أفضل وروى على بن زياد عن مالك في المجموعة ونحن نستحسن في التكبير
ثلاثا نحن زادا ونقص فلا حرج وروى ابن القاسم وأشهب انه لم يحذفه ثلاثا والله أعلم ص ﴿ قال
مالك الايام المعدودات أيام الشريق ﴾ ش الايام المعدودات هي أيام الرمي وهي ثلاثة أيام متصلة
تلي يوم النحر وهي أيام التشريق قيل سميت التشريق لان لحوم الاضاحي تشرق فيها وقيل سميت
بذلك لقولهم أشرق نبيكم كما تغير ومما يدل على ان الايام المعدودات هي التي وصفنا بذلك قوله تعالى
واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلاثم عليه ومن تأخر فلاثم عليه معناه والله
أعلم فمن تعجل في يومين منها ومن تأخر حتى يستكملها والتعجيل في يومين منها ان يقيم بمنى من يوم
النحر وهو أولها ثم يوم النفر وهو الثاني منها فيأتى في اليومين مباشرة فيه من الرمي ثم ينفر فيه
فيكون قد تعجل قبل اليوم الثالث والتأخير ان يقيم الى اليوم الثالث وهو يوم الصدر فيأتى بما
شرع فيه من الرمي ثم يصدر

﴿ صلاة المعرس والمحصب ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتاه بالبطحاء التي بنى
الخليفة فمضى بها قال نافع وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك قال مالك لا ينبغي لأحد أن يجاوز المعرس
إذا قفل حتى يصلي فيه وان مر به في غير وقت صلاة فليقيم حتى تحل الصلاة ثم يصلي ما بدا له لانه بلغني ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم عرس به وان عبد الله بن عمر أتاه به ﴿ ش المعرس هو البطحاء التي
بنى الخليفة ومعنى المعرس موضع النزول يقال عرس الرجل بالمكان اذا نزل به وحط فيه رحله
فسمى ذلك الموضع المعرس لان النبي صلى الله عليه وسلم نزل فيه ولما صلى فيه النبي صلى الله عليه وسلم
استحبت الصلاة فيه تبركا بموضع صلاته مع أنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك رواه
عبد الله بن عمر عنه صلى الله عليه وسلم أنه نودي وهو في معرس ذي الخليفة ببطن الوادي قيل له انك
ببطحاء مباركة

(فصل) وقول مالك لا ينبغي لأحد أن يجاوز المعرس اذا فعل حتى يصلي فيه وخص ذلك بالقول
لأنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه في قوله روى عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى

﴿ صلاة المعرس

والمحصب ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله
ابن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أتاه
بالبطحاء التي بنى
الخليفة فمضى بها قال نافع
وكان عبد الله بن عمر
يفعل ذلك ﴿ قال مالك
لا ينبغي لأحد أن يجاوز
المعرس اذا قفل حتى يصلي
فيه وان مر به في غير
وقت صلاة فليقيم حتى
تحل الصلاة ثم يصلي
ما بدا له لانه بلغني أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم عرس به وأن عبد
الله بن عمر أتاه به

الله عليه وسلم كان يخرج من طريق الشجرة ويدخل في طريق المعرس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج لمكة يصلي بمسجد الشجرة وإذا رجع صلى بذي الحليفة ببطن الوادي حتى يصبح (فصل) وقوله وإن مر به في غير صلاة فليقم حتى تحل الصلاة ثم يصلي ما بداله واحتج على ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم وفي رواية عبيد الله عن نافع أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك وهذا يدل على تكرار ذلك الفعل منه والافتداء به مما روى عنه من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك وأنه يبطحاً مباركاً فيجب أن يقص بالصلوة راء بركة ذلك فيها وليس لما يصلي فيه حدير يدي في الكثرة والقلة وأن ذلك ما شرع من النافلة وهو ركعتان فهذا أحد في القلة وأما الكثرة فلا حد لها والله أعلم وإنما ذلك لمن كان قافلاً من حج أو عمرة وقد روى أبو داود بن سعيد عن مالك فيمن حج أو اعتمر من أهل المدينة ثم قفل فمر بقريته جاهلاً فأقام بها شهرين أو ما أسبه ذلك ثم رجع إلى أهله بالمدينة ليس عليه أن يأتي المعرس وإنما ذلك على من توجه إلى أهله في صدره والله أعلم ص **م** مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت **ش** المحصب موضع بأعلى مكة خارج منها متصل بالجبانة التي بطريق منى وهو الذي يقال له الأبطح رواه ابن المواز عن مالك وقوله أنه يصلي هذه الصلوات بالمحصب يقتضي أن ذلك مشروع عنده والأصل في ذلك ما روى أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى الظهر والمغرب والعشاء بالمحصب وقد روى عنه عائشة أنها قالت المحصب ليس بسنة إنما هو منزل نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكون أسمح لخروجه وروى ابن عباس نحوه وروى سليمان بن يسار عن أبي رافع قال لما أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أنزل بالأبطح ولكني أتيتها فضربت فيها قبته فجاء فنزل وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال اني لأستعجب النزول بالمحصب إذا فرغ الإمام من أيام الرمي وصدر وإن لم يفعل فلا بأس وروى ابن وهب عن مالك أن ذلك حسن للرجال والنساء وليس ذلك بواجب وقد قال ابن عمر النزول بالمحصب سنة أنما هو به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان والخلف وهذا على ما قال ولا خلاف في أنه غير واجب وإنما الخلاف في الاستحباب وقد قال مالك استحب للأئمة ولمن يقتدى به أن لا يجاوزوه حتى ينزلوا به فان ذلك في حقهم لأن هذا أمر قد فعله النبي صلى الله عليه وسلم والخلف فتعين على الأئمة ومن يقتدى به من أهل العلم أحياء سنته والقيام بها ثلاثاً ترك هذا الفعل جملة ويكون للنزول بهذا الموضوع حكم النزول بسائر المواضع لافضيلة للنزول به بل لا يجوز النزول به على وجه القربة

(فصل) فإذا قلنا يستحب النزول به فان ذلك لمن لم يتعجل فأما من تعجل في يومين فلا أعلم التعصيب يكون له رواه ابن حبيب عن مالك وقد روى ابن أبي ذئب عن ابن شهاب لا حصبة لمن تعجل في يومين ووجه ذلك أن هذا إنما هو لمن استوفى العبادة وأتى بها على أكمل هيئتها فأما من اقتصر على الجائز منها دون الفضيلة وتعجل بترك المبيت بمنى ورمى الجار الذي هو آكد من التعصيب فمن حكمه أن لا يتلوم على التعصيب الذي لا يقوى قوة التأخير في القرب وكذلك إذا وافق يوم الجمعة يوم النفر فقد قال مالك أحب للإمام أن لا يقيم بالمحصب لكي يصلي الجمعة بأهل مكة

(فصل) ومن لم يقيم بالمحصب فقد قال ابن حبيب كان مالك يأمر بالمحصب ويستحبه وإن شاء مبغى إذا صلى به الظهر والعصر حتى يأتي مكة ويدع المقام به حتى يمسي إلا أنه لا ينبغي لأحد أن بدع التعريس به وأما من جهل أو نسي فلم ينزل به ومضى كما هو حتى أتى مكة فصلى بها الظهر والعصر أو

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت

صلاها بطريقه فلاشئ عليه من دم ولا غيره قاله ابن حبيب ووجه ذلك ما قدمناه من أنه مستحب مختلف في استعبابه فالأخذ به أحوط وأفضل ومن تركه فلاشئ عليه لأنه لم يخل بواجب (مسئلة) ومن أدركه وقت الصلاة قبل أن يأتي الأبطح فإنه يصلي الصلاة حيث أدركه فإذا أتى الأبطح نزل به قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن أداء الصلاة في وقتها متفق على وجوبه والنزول بالأبطح مختلف في استعبابه مع أنه لا يفوت بأداء الصلاة في وقتها (فصل) وقوله ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت أن كان ممن عليه طواف الأفاضة فيدخل لذلك وإن كان ممن يريد الرحيل وقد طاف الأفاضة فيدخل لطواف الوداع وإن كان يريد المقام بمكة فقد حل وإن شاء طاف وإن شاء أخر الطواف والله أعلم

﴿ البيوتة بمكة ليالي منى ﴾

﴿ البيوتة بمكة ليالي منى ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع أنه قال زعموا أن
 عمر بن الخطاب كان يبعث
 رجلا يدخلون الناس
 من وراء العقبة * وحدثني
 عن مالك عن نافع عن عبد
 الله بن عمر بن الخطاب
 قال لا يبيت أحد
 من الحاج ليالي منى من
 وراء العقبة * وحدثني
 عن مالك عن هشام بن
 عروة عن أبيه أنه قال في
 البيوتة بمكة ليالي منى
 لا يبيت أحد إلا بمضى

ص * مالك عن نافع أنه قال زعموا أن عمر بن الخطاب كان يبعث رجلا يدخلون الناس من وراء العقبة * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا يبيت أحد من الحاج ليالي منى من وراء العقبة * ش قوله كان يبعث رجلا يدخلون الناس من وراء العقبة يريد في ليالي منى لأن المبيت بمضى ليالي منى مشروع كالمقام بها وكل حكم يتعلق بمضى فانه يتعلق بمادون العقبة إليها كالنصر وقد قال ابن عبد الحكم عن مالك وابن حبيب عن ابن الماجشون من أقام بمكة أكثر ليلته ثم أتى إلى منى فأقام بها حتى أصبح فلاشئ عليه حتى يبيت ليلة كاملة فعليه دم وروى ابن المواز أن من بات ليلة أو جل ليلة وراء العقبة فليهدى أو ان بات بعض ليلة فلاشئ عليه والاصل في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم بات بمضى ليالي منى وأرخص القياس في المبيت بمكة لأجل السقاية وهذا يدل على أنه ما ربه والافكان يجوز للعباس ذلك وغيره دون أرخاص وقد تأكد ذلك بفعل الأئمة بعد النبي صلى الله عليه وسلم ثم يمنع عمر المبيت وراء العقبة وهذا إجماع لعدم الخلاف (مسئلة) والعقبة التي منع عمر أن يبيت أحد وراءها إلى مكة هي العقبة التي عند الجمرات التي يرميها الناس يوم النحر بمضى مكة رواه ابن نافع عن مالك في المبسوط قال وقال مالك ومن بات وراءها ليالي منى فعليه الفدية ووجه ذلك أنه بات بغير منى ليالي منى وهو مبيت مشروع في الحج فلزم الدم بتركه كالمبيت بالمزدلفة ومعنى الفدية في قول مالك في هذه المسئلة الهدى قال مالك وهو هدى يساق من الحل إلى الحرم وكذلك روى في المبسوط عن مالك في من زار البيت فحرض بمكة وبات بها عليه هدى يسوقه من الحل إلى الحرم فأوجب ذلك مع الضرورة ص * مالك عن هشام بن ابن عروة عن أبيه أنه قال في البيوتة بمكة ليالي منى لا يبيت أحد إلا بمضى ش قوله في البيوتة بمكة ليالي منى لا يبيت أحد إلا بمضى إنما خص السائل بمكة بالمبيت بها لما رأى أن العباس وابنه عبد الله كانا يبيتان بمكة ليالي منى أرخص لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك على ما تقدم ذكره وقد روى عن ابن عباس أباحه ذلك وروى عنه عكرمة أنه قال لا بأس أن يبيت الرجل بمكة ليالي منى ويظل بها إذا رمى الجمار قال ابن حبيب وإنما ذلك رخصته من أجل السقاية ولم يرد بذلك سائر الناس وقد روى عن ابن عباس ما يؤيد هذا التأويل أنه قال إذا كان للرجل متاع بمكة نفشى عليه الضيعة أن بات بمضى فلا بأس أن يبيت عنده بمكة فعلى أباحه ذلك بالعدو وهذا يقتضي أن ذلك ليس بمباح على الإطلاق وليس في هذا دليل على أنه لا يلزمه دم لأن ذلك عذر يخصه والذي يقتضيه مذهب مالك أن عليه الهدى على حسب ما روى عنه ابن نافع فممن حبسه مرض فبات بمكة أن عليه الهدى

﴿ رمی الجمار ﴾

ص * مالک أنه بلغه أن عمر بن الخطاب كان يقف عند الجرتين الأوليين وقفا طويلا حتى يمل القيام * قوله أن عمر بن الخطاب كان يقف عند الجرتين يري الأولى وتين وقفا طويلا يري الثانية كان يقف عندهما بعد الرمي للدعاء والذكر وقفا طويلا حتى يمل القيام بقيامه من طول القيام والقيام عند تينك الجرتين باثر رميهما مشروع ويستحب طول القيام عندهما للدعاء والذكر ص * مالک عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقف عند الجرتين الأولتين وقفا طويلا يكبر الله ويسبحه ويحمده ويدعو الله ولا يقف عند جرة العقبة * قوله يقف عند الجرتين الأولتين هما اللتان يليان مسجدا الخيف وأما سميتا الأولتين لانه انما يبدأ بأرضي من الجرة الأولى وهي التي تلي مسجد الخيف ثم بالوسطى وهي التي تليها ثم بالقصوى وهي التي تلي العقبة فشرع الوقوف عند الأولى والوسطى ولم يشرع عند الآخرة وهي جرة العقبة وموضع الوقوف عند الأولى الآن يتقدم أمامها ثم يقف ويدعو ثم يتقدم فيري الوسطى ثم يعرف عنها ذات الشمال في بطن المسيل ثم يدعو ثم يتقدم إلى جرة العقبة فيرميها ولا يقف عندها كذلك يفعل أيام منى كلها رواه ابن عبد الحكم في مختصره عن مالک ووجه ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رى الجرة التي تلي مسجد منى يرميها بسبع حصيات يكبر كل رمية بحصاة ثم يتقدم امامها فيقف مستقبل القبلة رافعا يده يدعو وكان يطيل الوقوف ثم يأتي الجرة الثانية فيرميها بسبع حصيات يكبر كل رمية بحصاة ثم ينحدر ذات اليسار مما يلي الوادي فيقف مستقبل القبلة رافعا يده يدعو ثم يأتي الجرة التي عند العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر عند كل حصاة ثم ينصرف ولا يقف عندها ويحتمل أن يكون ذلك والله أعلم من جهة المعنى أن موضع الجرتين الأوليين فيه سعة للقيام للدعاء ولمن يري وأما جرة العقبة فوضعها ضيق للوقوف عندها للدعاء لا لامتناع الرمي على من يري ذلك الذي يرميها لا ينصرف على طريقه وانما ينصرف من أعلى الجرة ولو انصرف من طريقه ذلك لمنع من يأتي الرمي

(فصل) وبين في حديث عبد الله أن وقوفه عند الجرتين انما هو للتكبير والتسبيح والتحميد والدعاء ولذلك استعجب فيه التطويل وذلك قدر قوة الناس وطائهم ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يكبر عن رمي الجرة كلما رمى بحصاة * ش قوله أن عبد الله بن عمر كان يكبر عن رمي الجرة كلما رمى بحصاة وذلك أنه اذا كان التكبير مشروعا عند الرمي فإنه يتكرر عند كل رمية وكذلك كل عبادة شرع فيها التكبير فإنه يتكرر بتكرار محله كالانتقال من ركن الى ركن في الصلاة وشعار الحج مواضع تعظيم لله وتكبير وقد قال مالك يكبر مع كل حصاة والاصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يكبر مع كل حصاة (مسئلة) وخص التكبير بهذا من بين سائر ألفاظ الذكر لفعل النبي صلى الله عليه وسلم كما خصت الصلاة فان سجع فقد قال ابن القاسم ما سمعت فيه شيئا والسنة التكبير * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه لا شيء عليه لان ابن القاسم قد قال في المبسوط فبين رمي ولم يكبر هو مجزئ ومعنى ذلك انه ذكر مشروع في أثناء الحج كسائر الاذكار والأدعية ص * مالك أنه سمع بعض اهل العلم يقول الحصى الذي يرمى به الجمار مثل حصي الخذف * قال مالك وأكبر من ذلك قليلا أعجب الى * ش قوله الحصى الذي يرمى به الجمار مثل حصي الخذف يريد أن الحصى المشروع رميه مثل حصي

*** رمی الجمار ***

* حدثني يحيى عن مالك
انه بلغه ان عمر بن الخطاب
كان يقف عند الجرتين
الاوليين وقوفا طويلا
حتى يمل القائم * وحدثني
عن مالك عن نافع ان عبد
الله بن عمر كان يقف عند
الجرتين الاوليين وقوفا
طويلا يكبر الله ويسبحه
ويحمده ويدعو الله ولا
يقف عند جرة العقبة
* وحدثني عن مالك عن
نافع ان عبد الله بن عمر
كان يكبر عند رمي الجرة
كلارمى بحصاة * وحدثني
عن مالك انه سمع بعض
أهل العلم يقول الحصى الذي
يرمى به الجارم مثل حصى
الخنزير * قال مالك وأكبر
من ذلك قليلا أعجب الى

الخذف والجرة اسم لموضع الرمي سميت بذلك باسم ما يرمى بها فيها والجار الحجرة قدر ما يرمى به منها
 مثل حصي الخذف وهو حصي مائل الى الصغر فترمي به العرب على وجه اللعب تجعله بين السبابة
 والابهام من اليسرى ثم تقذفه بالسبابة من اليمنى وقدرى عن النبي صلى الله عليه وسلم النبي عنه
 (فصل) وقول مالك وأكبر من ذلك قليلاً أحب الى يقتضى أنه لم يبلغه حديث النبي صلى الله عليه
 وسلم في ذلك ولذلك نسب القول الى بعض أهل العلم ولو بلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم من وجه
 صحيح لمانسبه الى غيره ولا استحب ما هو أكبر منه روى أبو الزبير عن جابر قال رأيت النبي صلى الله
 عليه وسلم رمى الجرة بمثل حصي الخذف ووجه آخر وهو أنه يحتمل أنه بلغه حديث النبي صلى الله
 عليه وسلم أنه رمى بذلك والنبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك تبييناً للجواز وأخذاً بالأيسر ووجه ثالث
 وهو ما ذكره بعض شيوخنا أنه إنما فعل ذلك احتياطاً لئلا يقصر عن مثل ما رمى به النبي صلى الله
 عليه وسلم لأنه إذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يرمى بمثل حصي الخذف كره أن يقصر أحد عن ذلك
 فيرمى بما هو أصغر من حصي الخذف ومن تعرى مثل حصي الخذف أخذ مرة أكبر منه ومرة مثله
 ومرة أصغر منه فيخل ببعض التقدير الذي سنده رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحب مالك أن يزيد
 الى حصي الخذف ليتيقن أنه رمى بما رمى به النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقصر عن شيء منه وقدرى
 عن القاسم بن محمد أنه كان يرمى بأكبر من حصي الخذف وهذا أيضاً ليس بأيسر لأنه لو كان قدر
 حصي الخذف على معنى التعديد الذي لا يجوز الاخلال بشيء منه لكان ذلك يمنع من الزيادة عليه
 والوجه الأول أبين والأخذ بما فعل النبي صلى الله عليه وسلم أولى وأحق (مسئلة) وله أن يأخذ
 حصي الجار من منزله بمنى أو حيث شاء ما لم يأخذها من الحصى الذى قدرمى به الاجرة العقبة فانه
 يستحب أخذه من المزدلفة قاله ابن حبيب * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه ولا وجه لذلك
 عندى غير الاستعداد بالجار لان الداخل الى منى يقصد جرة العقبة فيرميها ولا يقدم على ذلك شيئاً لان
 رمية متصل بوصوله قبل أن يحط رحله فيجب أن يكون جاره معه لئلا يمكنه أن يصل رمية بالوصول
 وان لم تكن معه ففصل بين وصوله ورميه بطلب الجار وكسرها وأما غيرها من الجار فأنما يرمى بها في
 اليوم الثانى بعد الزوال فيتسع له الوقت لطلب الجار واعدادها (مسئلة) ولا يرمى من الجار بما قد
 رمى هذا هو المشهور من المذهب وروى ابن وهب عن مالك فيمن سقطت منه حصاة أنه يأخذ من
 موضعه حصاة مكانها فيرمى بها مكان التي سقطت وروى ابن القاسم عن مالك أن يتيقن أنها الحصاة
 التي سقطت منه فليأخذها وأنه ليكره أن يأخذ من الجار التي قدرمى بها وانى لا تقيه فان أخذ منها
 حصاة وهو لا يتيقن أنها التي سقطت منه فأرجو أن يكون خفيفاً وقدرى ابن المواز عن أشهب فيمن
 فقد حصاة من عند الجرة فرمى بها أنه لا يجزئ وجه القول الأول أن من رمى الجار لا يغيرها عن
 حالها ولا يحدث فيها معنى لم يكن فيها فلم يمنع ذلك من رميها كتقليها في يده ووجه القول الثانى
 أنه قد أديت بها العبادة فلا يجزئ تكرارها بها كالمهدي والأظهر أن مبنى القول فيها على ما تقدم
 من تكرار الوضوء بالماء ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول من غربت له
 الشمس من أوسط أيام التشريق وهو بمنى فلا ينفرن حتى يرمى الجار من الغد * ش قوله من
 غربت له الشمس من أوسط أيام التشريق يريد يوم ينفرن المتعجل وهو الثانى من أيام التشريق
 والثالث من أيام النحر جلس فلم يكن له أن يتعجل وذلك أنه إنما له التعجيل ما بينه وبين أن يغيب
 له الشمس من ذلك اليوم وهو بمنى فان غربت له الشمس فقلزمه المبيت بها والمقام من الغد الى

* وحدثنى عن مالك
 عن نافع أن عبد الله بن عمر
 كان يقول من غربت
 له الشمس من أوسط
 أيام التشريق وهو بمنى
 فلا ينفرن حتى يرمى
 الجار من الغد

أن يرمى الجمار لأن تعذفاته أن يتعجل في وقت التعجيل وهو ما بين أن يرمى الجمار في اليوم الثاني من أيام التشريق وبين أن تغرب الشمس من ذلك اليوم (مسألة) وأما حكم التعجيل فإن الحاج امام أو مؤتم به فأما الامام فقد قال مالك ما يعجني ذلك له رواه ابن عبد الحكم ووجه ذلك أنه يقتضى به والتأخير له أفضل لأنه أعام للناس واستيعاب لها والالتيان بالعبادة والنسك على كل حيثما فيستحب للامام أن يقيم للناس الحج على أم حيثما قاله الشيخ أبو بكر (مسألة) وأما من ليس بامام فلا يخاف أن يكون مكياً أو غير مكى فإن كان مكياً فقد اختلف قول مالك فيه فروى عنه ابن القاسم أنه قال لا أرى ذلك لهم إلا أن يكون لهم عند من تجارة أو ترش قال ابن القاسم وقد كان قال لي قبل ذلك لأبأس به وهو كأهل الآفاق قال ابن القاسم وهو أحب قوله إلى قال الله تعالى فن تعجل في يومين فلا تهم عليه وهذا عام في أهل مكة وغيرهم وجه القول الاول أنه لا عسر لأهل مكة في سرعة النفر والتعجل لأنه لا يدعهم إلى ذلك الرجوع مع الرفقة والجيران لما يخاف من فوات ذلك لمن تأخر عنهم ولا طول السفر وبعد المسافة وأما أهل الآفاق فتدعهم إلى ذلك الدواعي التي ذكرناها (مسألة) وأما أهل الآفاق فلم التعجيل والمشهور من المذهب أن لهم ذلك وإن أطمو بمكة وقد قال ابن الماجشون وابن حبيب إن ذلك لأهل مكة وليس ذلك لغيرهم إلا بشرط أن لا يستوي بمكة في اليوم الثالث وجه القول الاول قوله تعالى فن تعجل في يومين فلا تهم عليهم من تأخر فلا تهم عليه ومن جهة الستماروى عن عبد الرحمن بن نعيم الدبلي شهد النبي صلى الله عليه وسلم أيام منى يتلو فن تعجل في يومين فلا تهم عليه ومن تأخر فلا تهم عليه ثم أورد في جلا فيجعل ينادى بها في الناس ووجه القول الثاني ما احتج به ابن الماجشون أن المكى يرجع إلى بيته وقد انتهى سفره وغير المكى مقامه بمنى كقائه بمكة فانه يجوز له التعجل إذا احتاج إلى سرعة السفر فلا يثبت بمكة (فرع) فإن قلنا بقول ابن الماجشون فن تعجل من أهل الآفاق فبات بمكة ولم يرجع إلى منى فقد قال ابن حبيب عليه السلام الذي يجب على من لم يرم وكان يلزمه أن يوجب عليه ما ترك المبيت بمنى وما ترك الرمي من القد

وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن الناس كانوا إذا رموا الجمار مشوا ذاهبين وراجعين وأول من ركب مطوية بن أبي سفيان

(فصل) وقوله فلا ينفرن حتى يرمى الجمار من الغديقتضى أنه لما لزمه المبيت لزمه رمي الجمار من الغد لأن المبيت من أجلها ويقضى ذلك المقام بالنهار بمنى ودع عند مالك مشروعه ولا يزل الحاج من منى أيام التشريق إلا لعذر ولا يكثر من ذلك وذكر روى ابن عبد الحكم عن مالك لا يجب لأحد أن يتغل بطواف بعد الاضامة في أيام منى فإن فعل فأرجو أن يكون خفيفاً قال الشيخ أبو بكر يعنى أنه إذا طاف طواف الاضامة فخرج إلى منى ولا يستغل بشئ غيره من طواف أو صلاة أو غير ذلك لأن رجوعه إلى منى أفضل من ذلك كله ص ع مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن الناس كانوا إذا رموا الجمار مشوا ذاهبين وراجعين وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان ع ش قوله كانوا إذا رموا الجمار يرمون في أيام التشريق مشوا ذاهبين إليها وراجعين عنها إلى الصلاة في المسجد وأما رمي جرة العقبة فإن راكبياً أتى على راحته فيرميها راكباً وقد قال مالك في المبسوط الشأن يوم النحر أن يرمى جرة العقبة راكباً كراكبياً الناس على دوابهم وأما في غير يوم النحر فكان يقول يرمى ماشياً والاصل في ذلك ما قد سنه من أنه يرمى جرة العقبة متصلاً بور وده وأما في سائر الايام فإن المشي إليها واضح ويحتاج إلى الدعاء عند الجمرتين فلوركب الناس لئلا يلقوا بهم المكان (فصل) وقوله وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان لعلمه يريد من الائتم بمن يقيم للناس أمر

الحج ولعل معاوية أيضاً ركب لعذر وقد قال مالك في المبسوط فحين ركب أيام التشريق أو مشى يوم النحر لاشئ عليه ص * مالك أنه سأل عبد الرحمن بن القاسم من أين كان القاسم يرمى جرة العقبة فقال من حيث تيسر * ش قوله من حيث تيسر قال مالك معناه من أسفلها وهو اليسر فيها لأن رميها من أعلاها فيه مشقة لخروجه الموضع وضيقه والاصل في ذلك ما روى عبد الرحمن ابن يزيد قال رمى عبد الله من بطن الوادي فقلت له يا أبا عبد الرحمن ان ناسا يرمونها من فوقها فقال والذي لا إله غيره هذا مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة وهذا على الاستحباب ولورماها من أعلاه أجزأه اه من المبسوط (مسئله) وان رمى جرة العقبة فيجعل منى عن يمينه ومكة عن يساره والاصل في ذلك ما روى عبد الرحمن بن يزيد أنه حج مع ابن مسعود فرآه يرمى الجرة الكبرى بسبع حصيات وجعل البيت عن يساره ومنى عن يمينه ثم قال هذا مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة ص * سئل مالك هل يرمى عن الصبي والمريض فقال نعم ويتحرى المريض حين يرمى عنه فيكبر وهو في منزله ويهريق دما فان صح المريض في أيام التشريق رمى الذي رمى عنه وأهدى وجوبا * ش ومعنى ذلك أن الصبي يلزمه الرمي كما يلزم غيره وكذلك المريض فن استطاع منهما المشي اليه أو كان له من يحمله غيره فانه لا يلزمه أن يباشر الرمي بنفسه ان كان الصبي منهم ما يؤمر به وكان مع المريض ذهنه وتدرى معنى ذلك في مالكا في المبسوط وروى ابن عبد الحكم عن مالك في مختصره ان رجلا المريض أن يصح في أيام التشريق فليؤخر الرمي الى آخر أيام التشريق فان لم يرج ذلك رمى عنه واحد ويحمل هذا عندى وجهين أحدهما أن يكون قول واحد وذلك انه نص أولا على انه ان كان له من يحمله ويطبق ذلك مضى ومجمل الرمي وان لم يكن له من يحمله ورجا أن يطبق ذلك في بقية أيام التشريق آخر الرمي وان لم يرج ذلك ولم يكن له من يحمله رمى عنه ويحمل وجه آخر وهو أن يكون في ذلك قولان أحدهما ان رجلا أن يفيق في أيام ارمي آخر ذلك ولم يرم عنه أحد وان لم يرج ذلك أمر من يرمى عنه والرواية الثانية انه لا ينظر فيما يرجوه من اه في أيام التشريق وانما ينظر فيما يطيقه وقت الرمي ويومه ذلك فان استطاع على ارمي والارمي عنه غيره وان كان يرجو أن يرمى في بقية أيام التشريق وجه رواية ابن عبد الحكم ان ازمى له وثمان وقت أداء وقت قضاء وسيأتى بيان ذلك ان شاء الله تعالى فان رجلا أن يرمى في الوقت فهو أولى ولا معنى لرمي غيره عنه لانه يرجو أن يرمى بنفسه ووجه رواية ابن القاسم ان وقت الرمي هو لكل يوم في نفسه ولذلك يجب الدم على من أخره عنه فاذا نيس من أن يرمى بنفسه عن يومه استتاب في ذلك لما اتفقنا عليه من جواز الاستتابة وهذا كالوضوء والتيمم من نيس من ادراك الوقت المختار تيمم ولم يؤخر التيمم الى وقت الضرورة (فرع) فاذا قلنا برواية ابن عبد الحكم فانه يرجع في ذلك الى ما يظن بنفسه وحاله قاله الشيخ أبو بكر قال وهو كالعدم للماء انما يرجع في عدمه ووجوده الى ما يغلب على ظنه (مسئله) فان لم يطبق المريض السير ولم يكن له من يحمله على رواية ابن القاسم أو ظن انه لا يطبق الرمي في أيام التشريق فرمى عنه ثم صح في أيام التشريق فانه يرمى لما مضى من الأيام ويهدى رواء ابن القاسم عن مالك وابن عبد الحكم عن مالك وهذا قول جماعة شيوخنا وروى ابن المواز عن أشهب في المريض يصح في أيام التشريق فيرمى ما رمى عنه لادم عليه وجه القول الأول قال الشيخ أبو بكر انما وجب عليه لانه قد يمكن أن يعتقد انه لا يقدر على الرمي وهو لو تحامل لاستطاعه فلذلك وجب عليه الهدى وان كان معذورا قال القاضي أبو الوليد وهذا عندى فيه نظر

* وحدثني عن مالك أنه سأل عبد الرحمن ابن القاسم من أين كان القاسم يرمى جرة العقبة فقال من حيث تيسر * قال يحيى سئل مالك هل يرمى عن الصبي والمريض فقال نعم ويتحرى المريض حين يرمى عنه فيكبر وهو في منزله ويهريق دما فان صح المريض في أيام التشريق رمى الذي رمى عنه وأهدى وجوبا

لانه فيكون بحالة لا يشك هو ولا غيره في انه لا يطيق ذلك ومع ذلك فانه يجب عليه الهدى وانما يجب عليه الهدى وان يتقن العذر لانه من ترك شيئا من سنن الحج لزمه الهدى سواء يتقن عذره أو لم يتقن كان ذلك لعذر أو لغير عذر ترك المبيت بمزدلفة وهذا فيما ليس له مثل من الأركان التي لا يتم الحج الا بها وأما ماله مثل من الأركان كطواف الورد فانه يسقط للعذر ولا يجب بذلك دم ووجه قول أشهب ان الرمي له بدل وهو رمي غيره عنه وفي البدل نقص عن المبدل منه يجبر بالدم فاذا أدرك الرمي في أيام التشريق فباشره بنفسه فقد جبر نقص الرمي فسقط عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا رمي عن الصبي والمريض الا من قدر رمي عن نفسه فان لم يكن رمي أو لا عن نفسه فانه يبدأ أولا بالرمي عن نفسه بالجاء الثلاث ثم يبدأ بالرمي عن المريض من أول الجاء ورواه أشهب عن مالك ووجه ذلك ان التوا الى مشروع في الرمي فله أن يوالى عن نفسه ثم يوالى عن غيره (مسئلة) ومن رمي عن غيره فهل يقف عند الجرتين روى ابن المواز عن ابن القاسم انه اختلف فيه قوله فقال لا يقف وقال يقف وجه القول الأول ان الوقوف عند الجرتين انما هو للدعاء ولا يستتاب فيه كالصلاة ووجه القول الثاني ان الوقوف تبع للرمي فجاز ان يستتاب فيه وان لم يستتاب في مثله اذا لم يكن تبعا كركعتي الطواف ص قال مالك لا يرى على الذي يرمى الجمار أو يسعى بين الصفا والمروة وغير متوضئ اعادة ولكن لا يعتمد ذلك ش وهذا كما قال ان من سعى أو رمى الجمار على غير طهارة فانه يجزئه ولا اعادة عليه لان هذه قرب لاتعلق لها بالبيت فلم تكن الطهارة شرطاً في صحتها وانما تكون الطهارة شرطاً في صحة القرب التي لها تعلق بالبيت كالصلاة والطواف والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعائشة حين شكت اليه انها نفست افعلى مايفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت فاباح لها فعل كل قرب به من الحج لاتعلق لها بالبيت وفي ذلك السعي وأرى والوقوف بعرفة والمزدلفة

(فصل) وعوله ولكن لا يعتمد ذلك يقتضى انه يستحب الطهارة لفعل هذه القرب كلها وان لم تكن شرطاً في صحتها وذلك ان قرب الحج مبنية على ان الطهارة مشروعة في جميعها اما وجوباً واما استحباباً ولذلك شرع الغسل للأحرام ودخول مكة والوقوف بعرفة وان لم يكن شئ من ذلك كله واجبا بل يصح فعل هذه المعاني من غير طهارة فما كان من الأركان فالغسل له مشروع وما كان من غير الأركان فن حكمها أن يكون فاعلها على طهارة وان لم تكن الطهارة لها ص قال مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول لا ترى الجمار في الأيام الثلاثة حتى تزول الشمس ش كوله لا ترى الجمار في الأيام الثلاثة يريد أيام التشريق حتى تزول الشمس وقد روى القاضي أبو النعنع في المبسوط عن مالك وقال عنه فان رماها قبل الزوال فليعد رمي زاد ابن حبيب عن مالك وهو كمن لم يرم والأصل في ذلك ما رواه ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال رمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمر يوم النحر ضحى وأما بعده فاذا زالت الشمس (مسئلة) ومن رمى الجمار بعد ان صلى الظهر فقد أخطأ ولا شئ عليه رواه ابن حبيب عن مالك وانما محل الرمي للجمار بعد الزوال وقبل الصلاة من جهة الوقت ومن جهة اربعة أمان من جهة الوقت فان رمى الجمار يجب أن يقدم باثر الزوال وأما من جهة القياس فان تقديمها على الصلاة مشروع والأصل في ذلك من جهة المعنى ان الصلاة مشروعة في الجماعة بعد الزوال وشرع التأخير لها لأجل اجتماع الناس ورمى الجمار مشروع بعد الزوال ولم تشرع فيه جماعة فكانت المبادرة به أولى لانه لا وجه لتأخيرها وتقديم العباد في أول وقتها مشروع

قال مالك لا يرى على الذي يرمى الجمار أو يسعى بين الصفا والمروة وهو غير متوضئ اعادة ولكن لا يعتمد ذلك * وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا ترمى الجمار في الأيام الثلاثة حتى تزول الشمس

﴿ الرخصة في رمي الجمار ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
عن عبد الله بن أبي بكر
ابن حزم عن أبيه أن
أبا البداح بن عاصم
ابن عدي أخبره عن أبيه
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أرخص لرعاة
الابل في البيتوتة خارجين
عن منى يرمون يوم النحر
ثم يرمون الغد ومن بعد
الغد ليومين ثم يرمون
يوم النفر * وحدثني
عن مالك عن يحيى بن
سعيد عن عطاء بن أبي
ربيع أنه سمعه يذكر أنه
أرخص للرعاة أن يرموا
بالليل يقول في الزمان
الاول قال مالك تفسير
الحديث الذي أرخص
فيه رسول الله صلى الله
عليه وسلم لرعاة الابل
في تأخير رمي الجمار فيما
نرى والله أعلم أنهم
يرمون يوم النحر فإذا
مضى اليوم الذي يلي يوم
النحر رموا من الغد
وذلك يوم النفر الاول
فيرمون لليوم الذي مضى
ثم يرمون ليومهم ذلك
لانه لا يقضي أحد شيئاً حتى
يجب عليه فإذا وجب عليه
ومضى كان القضاء بعد
ذلك فان بدا لهم النفر
فقد فرغوا وان أقاموا
الى الغد رموا مع الناس
يوم النفر الآخر ونفروا

الآن تؤخر لمعتي يقتضي ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أول أداء الرمي لكل يوم من أيام
التشريق زوال الشمس منه وآخره غروب الشمس ووقت القضاء من غروب شمس الى بقية أيام
التشريق الليل والنهار سواء في القضاء يبين ذلك ما روى عن مالك في رمي رعاة الابل الجمار أنهم
لا يرمون اليوم الذي يلي يوم النحر الا في اليوم الذي بعده قال لانه لا يقضي شئ حتى يجب فاذا وجب
ومضى كان القضاء بعد ذلك والله أعلم

﴿ الرخصة في رمي الجمار ﴾

ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه أن أبا البداح بن عاصم بن عدي أخبره
عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لرعاة الابل في البيتوتة خارجين عن منى يرمون
يوم النحر ثم يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين ثم يرمون يوم النفر * مالك عن يحيى بن سعيد عن
عطاء بن أبي رباح أنه سمعه يذكر أنه أرخص للرعاة أن يرموا بالليل يقول في الزمان الاول قال مالك
تفسير الحديث الذي أرخص فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لرعاة الابل في تأخير رمي الجمار فيما نرى
والله أعلم أنهم يرمون يوم النحر فإذا مضى ليوم الذي يلي يوم النحر رموا من الغد وذلك يوم النفر
الاول فيرمون اليوم الذي مضى ثم يرمون ليومهم ذلك لانه لا يقضي أحد شيئاً حتى يجب عليه فإذا
وجب عليه ومضى كان القضاء بعد ذلك فان بدا لهم النفر فقد فرغوا وان أقاموا الى الغد رموا مع
الناس يوم النفر الآخر ونفروا * ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لرعاة الابل
في البيتوتة خارجين عن منى يقتضي ان هناك منع خص هذا منه لان لفظة الرخصة لا تستعمل الا فيما
يخص من المحذور للعذر وذلك ان لرعاة عذرا في البكون مع الظهر الذي لا بد من مراعاته والرمي
به للحاجة الى الظهر في الانصراف الى بعيد البلاد وقد قال تعالى ونحمل أثقالكم الى بلدكم تكونوا
بالغية الا بشق الأنفس فأبيح لهم ذلك لهذا المعنى

(فصل) وقوله يرمون يوم النحر يريد جرة العقبة ثم يغيبون عن منى على ما فسر مالك أول أيام
التشريق وهو الذي يلي يوم النحر فإذا كان اليوم الثاني من أيام التشريق وهو اليوم الذي يتعجل
فيه النفر من يريد التعجيل أرخص من يجوز له التعجيل رموا عن اليومين بدؤا برمي ما عليهم من الرمي
اليوم الاول من أيام التشريق ففضوه وانما رموا في اليوم الثاني عن اليوم الاول ولم يرموا في اليوم
الاول عنهما لما قاله مالك رحمه الله من أنه لا يقضي شيئاً قبل وجوبه وانما يقضي بعد وجوبه وخروج
وقته ولذلك لا يرمي في اليوم الثاني عن الثالث فلو رمي في أول يوم لما جاز له أن يرمي الا عن يومه ذلك
خاصة دون اليوم الثاني وكان يلزمه أن يأتي في اليوم الثاني فيرمي عنه فتلحقه مشقة التكرار ويضيع
الظهر فأبيح له التأخير الى اليوم الثاني فيكون قد وجب عليه رمي اليوم الاول قضاء ورمي اليوم
الثاني أداء

(فصل) وقوله يرمون يوم النحر أخبر أن رميهم يوم النحر لا يتعلق به رخصة ولا يغير عن وقته ولا
إضافته الى غيره ثم يرمون الغد يريدانه يرمي لليومين فقال يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين قد كرر
الأيام التي يرمي لها وهي الغد من يوم النحر وبعد الغد وهما أول أيام التشريق وثانيهما ولم يذكر وقت
الرمي وانما يرمي لها في اليوم الثاني من أيام التشريق بعد الزوال ولذلك جمع بينهما في اللفظ فقال
ليومين وقد فسر ذلك مالك على ما تقدم ذكره

(فصل) وقوله ثم رمون يوم النفر يحتمل وجهين أحدهما أن يريدانهم رمون ليومين رمون
للأول ثم رمون يوم النفر وهو يوم رميهم لانه يوم النفر الأول فيكون قوله ثم رمون يوم النفر تفسيراً
لأحد اليومين اللذين رمى لهما واستغنى عن ذكر الأول بقوله رمون ليومين ثم بين اليوم الثاني
منهما فعمل بذلك اليوم الأول وعلى هذا يكون يوم النفر المذكور في الحديث يوم النفر الأول لمن
أراد أن يتعجل ويكون فائدة قوله ثم رمون يوم النفر انه لا يجوز أن رمى لليوم الثاني حتى يكمل
رمي اليوم الأول والوجه الثاني أن يريد بقوله رمون الغد وبعد الغد ليومين أن يبين بهذا كلامه
ثم استأنف بقوله ثم رمون يوم النفر لمن لم يرد التعجيل فالمراد بقوله يوم النفر الثاني وهو الثالث
من أيام التشريق فعلى هذا فسر مالك الحديث ومن أراد التعجيل فانه اذا رمى في اليوم الثاني عن
اليوم الأول والثاني تعجل وأجزأه ذلك

(فصل) وقوله وفي حديث عطاء أرخص للرعاة في الرمي بالليل انما أبيح لهم ذلك لانه أرفق بهم
وأحوط فيما يحاولونه من رمي الابل لان الليل وقت لا ترمى فيه الابل ولا تنتشر فيرمون في ذلك الوقت
وقال ابن المواز ان رعايا النهار ورعايا الليل فلا بأس به ويحفل أيضاً أن يرموا على هذا في كل ليلة
لاستغنائهم في ذلك الوقت عن حفظ الابل على وجه الرعي ويحتمل ان كان في ذلك عليهم مشقة
أن يكون رميهم بالليل على حكم رميهم بالنهار من الجمع والله أعلم

(فصل) وقوله في الزمن الأول يقتضى اطلاقه زمن النبي صلى الله عليه وسلم لانه أول زمان هذه
الشريعة فعلى هذا هو مرسل ويحتمل أن يريد به أول زمن أدركه عطاء فيكون موقفاً متصلاً
والله أعلم ص * مالك عن أبي بكر بن نافع عن أبيه ان ابنة أخ لصفية بنت أبي
فتخلفت هي وصفية حتى أتيا منى بعد أن غربت الشمس من يوم النحر فأمرهما عبد الله بن عمر أن
يرميا الجرة حين أتيا ولم ير عليهما شيئاً * ش قوله ان صفية وبنت أخيها تخلفت لما ذكره من
نفاس بنت أخيها فأتيا منى بعد غروب الشمس من يوم النحر وأبعد أن فاتهما الرمي وفي هذا أن
الأغلب أن مقام صفية مع ابنة أخيها كان بعلم عبد الله بن عمر والذي لا ريب فيه انه علم بذلك بعد
مجيئهما وقد سئل عن حكمهما فلم ينكر المقام على صفية مع ابنة أخيها وان كان العذر مختصاً بابنة
أخيها ونها ولا يبعد أن يكون مثل هذا ما حال من خيف عليه الضياع والهلاك في الانفراد بمثل هذه
الحال أن يقيم مع من يخاف عليه الهلاك بانفراده وترجى نجاة وصلا حاله بالمقام معه ويجرى ذلك
مجرى جواز التيمم لمن لاماء معه وخاف على غيره الهلاك من العطش ويعطيه اياه فيصيه به

(فصل) وقوله فأمرهما عبد الله بن عمر أن يرميا الجرة حين أتيا يريدانها قد أدركتا وقت
قضاء الرمي وان لم يدركا وقت أداء الرمي فأمرهما بقضاء الرمي وأول وقت أداء رمي جرة العقبة طلوع
الفجر من يوم النحر وآخره وقت مغيب الشفق من ذلك اليوم وأول وقت القضاء آخر أيام التشريق
وقوله أن يرميا حين أتيا دليل على جواز الرمي بالليل وقد تقدم أن الليل والنهار سواء في قضاء الرمي
والدليل على ذلك أنه من افعال الحج فجاز فعله بالليل كالطواف والسعي والوقوف

(فصل) وقوله ولم ير عليهما شيئاً يقتضى انه لم ير عليهما دماً ولا غيره وقد قال مالك في المبسوط وأما
أنافأرى على كل من كان في مثل حال صفية يوم النحر ولم يرم حتى غابت الشمس الدم ووجه ذلك
أن من فاتته الاداء لم يرمى والهدى كالذي يمرض فلا يقدر على الرمي في وقت الاداء ويرى آخر
أيام التشريق وقد تقدم ذكر الخلاف فيه (مسألة) اذا ثبت ذلك فن ترك جرة العقبة قد كرها

* وحدثنى عن مالك عن
أبي بكر بن نافع عن أبيه
ان ابنة أخ لصفية بنت أبي
عميد نفست بالزلفة
فتخلفت هي وصفية حتى
أتيا منى بعد أن غربت
الشمس من يوم النحر
فأمرهما عبد الله بن عمر
أن يرميا الجرة حين أتيا
ولم ير عليهما شيئاً

ورماها قبل غروب الشمس من يوم النحر فلا شيء عليه وإن رماها بعد غروب الشمس متى كان في أيام التشرىق أو ليلته فعليه الدم قاله مالك ووجه ذلك أنه إذا أدرك وقت الاداء فلا شيء عليه وإذا فاتته وقت الاداء لم يمهلهدى على كل حال فإن أدرك وقت القضاء قضى وإن فاتته لم يقض ولزمه الدم في الوجهين (فرج) وإذا لم يرمها حتى تنقضى أيام التشرىق فهل يفسد حجه أم لا قال مالك لا يفسد حجه وعليه ما تقدم ذكره من الهدى وقاله جمهور أصحاب مالك وقال عبد الملك بن الماجشون يبطل حجه وعليه الحج قابلاً والهدى وجه قول مالك أنه من أفعال الحج فلا يختص بيوم عرفة فلم يفت الحج بفواته في وقته كسائر الرمي ووجه آخر أن من أمن فوات الحج لم يطرأ عليه ما يفسده أصل ذلك من رمى ووجه آخر أن كل فعل بعد الوقوف بعرفة لا يبطل الحج بتأخيره كطواف الافاضة ووجه قول عبد الملك أنه معنى لو جامع قبله فسد حجه فإذا فاتته وجب أن يفوته حجه كالوقوف بعرفة والتحليل عن ابن الماجشون إنما يقع بالفعل لا بمضى الوقت (مسألة) ومن ترك حصة منها فلا يخلو أن يكرها قبل مغيب الشمس أو بعد ذلك فإن ذكرها قبل مغيب الشمس رمى تلك الحصة وحدها وليس عليه أن يستأنف رمى غيرها ووجه ذلك أنه قدر رمى جميعها في وقت الاداء وليس من شرطها الموالاة وإن كان مشروعاً فيها ومستحباً إلا أن رمى ما قدر رمى منها في وقتها المختار أفضل من تأخيره إلى الوقت الذي فيه ذكر الحصة المنسية على وجه الجمع معها (مسألة) فإن ذكرها بعد مغيب الشمس ففي المبسوط عن مالك فممن ترك من جرة العقبة حصة أو حصتين حتى غابت الشمس أنه يرمى ما تركه ولا يعيد رمى وفي الموازية عن ابن القاسم فممن ذكر حصة من جرة العقبة يوم النحر فقد بكر ذلك من الغد أنه يعيد الرمي ثانية ويهريق دماً ووجه رواية المبسوط أن هذا قد ذكر نقص الجرة في وقت ترمى فيه فكان عليه أن يرمى ما ذكر دون ما رمى أصل ذلك إذا ذكرها في يوم ويحتمل هذا وجهين أحدهما أن يرى أن وقت الاداء إلى طلوع الفجر من ثاني يوم النحر والوجه الثاني أن يعتقد أن وقت الاداء إلى غروب الشمس من يوم النحر لكنه لا يعيد ما رمى منه للموالاة بعد انقطاع الموالاة في وقت اداء ولا وقت قضاء ووجه رواية الموازية أن الرمي في يوم النحر أداء والرمي بعد ذلك قضاء له ولا تعتبر الموالاة بين القضاء والاداء وإن اعتبر بين الاداء المفرد والقضاء المفرد بالآخر وإن لفق الاداء بعضه ببعض والقضاء كذلك ص ^ع سئل مالك عن نسي رمى جرة من الجمار في بعض أيام منى حتى يمسي قال ليرم أى ساعة ذكر من ليل أو نهار كما يصلى الصلاة إذا نسيها ثم ذكرها ليلاً أو نهاراً فإن كان ذلك بعد ما صدروهو بمكة أو بعد ما يخرج منها فله الهدى واجب ^ع ش وهذا كما قال ابن من نسي رمى جرة من الجمار في بعض أيام التشرىق حتى يفوته وقت الاداء بمغيب الشمس من يوم تلك الجرة فإنه يقضها مادام في وقت القضاء وقد بينا حكم الوقت فيما تقدم وفي هذا خمسة أبواب أحدها فمن نسي رمى حصة من الجمار والباب الثاني فمن نسي جرة كاملة والباب الثالث فمن نسي رمى جمار يوم والباب الرابع فمن نسي الرمي كله والباب الخامس في صفة الرمي (الباب الأول في من نسي رمى حصة من الجمار)

قال يحيى سئل مالك عن نسي
جرة من الجمار في بعض
أيام منى حتى يمسي قال
ليرم أى ساعة ذكر من
ليل أو نهار كما يصلى
الصلاة إذا نسيها ثم ذكرها
ليلاً أو نهاراً فإن كان
ذلك بعد ما صدروهو بمكة
أو بعد ما يخرج منها فعليه
الهدى واجب

ومن نسي رمى حصة من جمار أيام التشرىق فأنحرها عن موضعها وذكرها بعد أن يرمى غيرها من الجمار وقبل أن تغيب الشمس من يومه ذلك فالشهور من المذهب أنه يرمى تلك الحصة وحدها ثم يرمى ما رمى بعدها من الجمار وذلك مبني على فصلين أحدهما أن الترتيب في الجمار واجب فلا يجوز أن يشرع في رمى جرة حتى يكمل رمى جرة أخرى كركعات الصلاة لا ينتقل لركعة حتى يكمل عمل

الركعة التي قبلها والفصل الثاني ان الموالاة ليست بشرط في صحة الرمي واذا كان الرمي كله في وقت الاداء أجزأ أو يقتضى قول ابن كنانة في المدينية قولاً ثانياً يستأنف رمي الجمرة التي نسي الحصة منها بسبع حصيات وذلك يقتضى فصلين أحدهما أن الترتيب الذي ذكرناه والموالاة شرط في صحتها فيحصل الخلاف بين هذين القولين في الموالاة فعلى القول الأول ليس بشرط في صحة الرمي وعلى قول ابن كنانة هو شرط في صحتها (مسئلة) واذا ذكر ذلك من الغد فانه يرميها ثم يعيد رمي ما رمى بعدها من يومها ثم يرمي اليوم الذي ذكرها فيه ان كان قدرها ما وذلك مبنى على فصلين أحدهما ان اليوم الثاني وقت لقضاء رمي اليوم الأول والثاني ان الترتيب بين رمي اليوم الأول وبين رمي اليوم الثاني واجب لم يفت وقت أداء الرمي لليوم الثاني (فرع) وهل يرمى الحصة التي نسيها من الجمرة خاصة أو يتبدى رمي تلك الجمرة بسبع ففي كتاب ابن المواز عن أشهب يستأنف رميها بسبع حصيات وفي غير الموازية عن ابن القاسم يرمى الحصة التي نسي خاصة وفي المدينية عن ابن القاسم ان ذكرها من يومه رمي تلك الحصة خاصة وما بعدها وان ذكرها من الغد استأنف رمي تلك الجمرة بسبع ورميها بعدها ووجه قوله بافرااد الحصة انه اذا كررها بعد ان انفصل من غيرها فلم يكن عليه الارميا وهذا مبنى على أن التفريق للنسيان لا يمنع صحتها ولا فضيلتها وان منع من فضيلتها فانه امر لا يستدرك الا بعد الانفصال من رمي الجمار لان ما فات من فضيلة أول الوقت أعظم ووجه قولنا رمي الجمرة كلها ان هذا قضاء لهذه الحصة فوجب أن يكون جميع الجمرات يشمله ذلك وليس كذلك اذا ذكرها من يومه فانه يفرد بها بالرمي لان ذلك أداء لجميعها ولورمي الحصة خاصة من الغد كان مؤديا لبعض الجمرات قاضيا لبعضها وذلك لا يجوز لانه لا يجوز أن يختلف حكمها (مسئلة) فان ذكرها بعد أن غابت الشمس من اليوم الثاني فانه يرمى تلك الحصة أو يرمى الجمرة كلها بسبع على الاختلاف في ذلك ثم يرمى ما رمى بعدها من يومها ولا يعيد رمي جمار اليوم الثالث ان كان قد رميها وذلك مبنى على فصول أحدها أن قضاء يوم لا يتبع بعض وانه اذا وجب قضاء بعضه وجب قضاء جميعه والثاني ان وقت الترتيب بين ما وجب قضاء وبين ما رمى بعده يفوت بفوات وقت أداء الرمي الذي بعده والثالث أنه لا يفوت الترتيب بين الرمي لليوم الأول واليوم الثالث اذا بقى وقت أدائه وان فات الترتيب بين الرمي لليوم الأول واليوم الثاني لفصل للرمي ثلاثة أوقات أحدها وقت أداء الرمي وهو من وقت رمي تلك الجمرة الى انقضاء ذلك اليوم والثاني وقت قضائه وهو من أول وقت الرمي لليوم من أيام التشريق الى انقضاء أيام التشريق والوقت الثالث وقت استدراك فضيلة الترتيب وهو وقت أداء الرمي لليوم الذي يعاد للترتيب (مسئلة) ومن ذكر الحصة بعد أن غابت الشمس من آخر أيام التشريق فليس عليه قضاؤها وهل عليه دم ولا لا يخالو أن يذكر ذلك في يومه أو بعد ان تغيب الشمس فيه ولكنه في أيام التشريق أو بعد ان تغيب الشمس من آخر أيام التشريق ويعبر عن ذلك بأنه لا يخالو أن يذكر الحصة في وقت الأداء أو في وقت القضاء أو بعد فوات وقت القضاء فان ذكر ذلك في وقت الأداء فقد روى ابن القاسم عن مالك لا هدى عليه ولم أر في هذه المسئلة خلافا لهذا القول (مسئلة) وان ذكرها في وقت القضاء فقد قال ابن القاسم عليه هدى وفي المدينية عنه أنه ان ذكرها في وقت الأداء رميها بسبع ولم يذكر كرها ديا وقال باثر ذلك ان كان أصاب النساء فعليه هدى ويحتمل أن يكون قولاً ثانياً وجه القول الأول أنه قد فات الرمي في وقت الأداء فلزمه الدم لنقص القضاء ووجه القول الثاني أنه قد رمى الجمرة فلم يلزمه دم كالمواهي في وقت

الأداء (مسئلة) واذا ذكرها بعد فوات القضاء فعليه الدم ولا تعلم في ذلك خلافا ووجهه أنه قد فاته الرمي فعليه الدم

﴿ الباب الثاني في من نسي جرة كاملة ﴾

من نسي جرة كاملة قد ذكرها في يومه بعد أن رمى غيرها فانه يرميها ويعيد ما بعدها ولا شيء عليه وان ذكرها في وقت القضاء فانه يرميها ويرمي ما بعدها مما يدرك وقت أدائه وان ذكرها بعد فوات وقت القضاء فلا رمي عليه وعليه الدم ذلك يتخرج على ما تقدم أن ذكرها في وقت أداء الجرة المنسية فلا خلاف أن الدم لا يجب عليه وان ذكرها بعد فوات القضاء فلا خلاف أن الدم عليه وان ذكرها في وقت قضائها في وجوب الدم عليه وايتان على ما ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

﴿ الباب الثالث في من نسي رمي جاريوم ﴾

من نسي رمي يوم كامل من أيام التشريق قد ذكره في وقت الأداء فانه يرميه على رتبته وسنته فان ذكر ذلك في وقت القضاء رماه على رتبته ثم أعاد رمي ما كان رمي قبله في الأيام وبعده مما أدرك وقت أدائه واختلف قول مالك في وجوب الهدى عليه على حسب ما تقدم

﴿ الباب الرابع في من نسي الجمار كلها ﴾

وأما من نسي الجمار كلها في أيام منى قد ذكر ذلك في آخر أيام التشريق بعد الزوال فانه يرمي لليوم الاول على سنته ثم يرمي لليوم الثاني على السنة ثم يرمي لليوم الثالث على سنته رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ووجه ذلك ما يترتب من الترتيب في حال الأداء فكذلك في حال القضاء كالصلاة ما لم فيها من الترتيب في حال الأداء لزم مثله في حال القضاء وسواء ذكر ذلك بعد ان نفر من منى أو قبل ذلك اذا ذكر ذلك قبل أن تغيب الشمس من آخر أيام التشريق (مسئلة) فان ذكر ذلك بعد انقضاء أيام منى بغييب الشمس من آخرها فقد فاته الرمي ولا سبيل له اليه وهل عليه الدم ان ذكر ذلك في آخر أيام منى ورمى في وقت القضاء اختلف قول مالك فيه فرة قال عليه الدم ومرة قال لادم عليه وقال ابن حبيب ان رمي قبل الصدر فلا دم عليه وان ذكر بعد النفر فإعاد فرمى في وقت القضاء فعليه الدم وقال ابن وهب ان تعمد فعليه الهدى وان نسي فلا هدى عليه إلا أن يفوته الرمي ووجه قولنا بوجوب الدم عليه ما تقدم من ادخاله النقص على الرمي بتأخير عن وقت الأداء الى وقت القضاء ووجه القول بنفي ذلك جملة ما تقدم من أنه قد رمى في وقت الرمي فلم يجب عليه دم كالمو رمى في وقت الأداء ووجه التفريق بين ما قبل النفر وما بعده أن من نفر عن منى فقد نوى اطراح الرمي وجميع مناسك منى اما متعمدا واما ناسيا معتقدا أنه لا يلزمه شيء منها ومن كان مقيا بمنى لم ينفر بعد فانه باق على حكم أدائها أوفضاها فلم يكن عليه دم اذا استدرك فعل شيء منها ووجه القول الثاني أن المتعمد آثم بتعمده ترك نسك من المناسك والناسي معذور والقولان المتقدمان لمالك أحرى على طريق النظر والله أعلم

﴿ الباب الخامس في صفة الرمي ﴾

أما الرمي فصفته أن يرمي الجمرتين الاوليين من أعلاهما ويرمي جرة العقبة من أسفلها وقد تقدم ذكر ذلك ولا يرميها مجتمعين بل يرمي كل جرة متفرقة فان فعل لم يجزه وعليه ان يرمي بست حصيات ويعتمد مرمى من السبع الاول بحصاة واحدة قاله مالك ووجه ذلك أن الاعتبار بعدد الرمي وبعدد الحصى فاذا أدخل بعدد الرمي لم يعتمد من الحصى الا بقدر عدد الرمي (مسئلة) ولا يجزئه أن

يضع الحصى وضعا قاله ابن القاسم في المدونة وكذلك لا يطرحه طر حافان فعل لم يجزئه ولكن يرميه رميا ووجه ذلك أن الشرع انما ورد في ذلك بالرمي وهو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله على الوجوب (مسئلة) فاذا قلنا انه يرميها في سبع مرات فعليه أن يوالى ذلك ولا ينظر بين كل حصتين لأن الموالاة مشروعة فيها

(فصل) وقوله ليرم أى ساعة ذكر من ليل أو نهار يريد أنه لا يؤخر رميها عن وقت ذكرها لأنها عبادة فعل يتعلق بوقت فاذا فات وقت أدائها لم يجز تعجيل قضائه كصلاة الفرض ولذلك احتج مالك على تعجيل قضائها أى وقت ذكر ذلك من ليل أو نهار بما يلزم تعجيل الصلاة متى ذكرها من نسيها من ليل أو نهار

(فصل) وقوله فان كان ذلك بعد ما صدر وهو بمكة أو بعد ما يخرج منها فعليه الهدى يريد بعد ما صدر من منى وذلك يكون على وجهين الاول أن يفوت وقت الرمي بنغيب الشمس من آخر أيام التشريق والثاني مثل أن يفوت وقت الرمي فان كان ذلك بعد ان فات وقت الرمي فاما عليه الهدى لما فاتته من الرمي وان كان لم يفوت وقت الرمي فعليه أن يرجع فيرمي ما بقى عليه من الرمي وقد تقدم من قول ابن حبيب أن عليه الدم لأنه رمى بعد النفر وقول مالك يحفل الوجهين أحدهما أن يريديان وجوب الهدى على من نفر قبل أن يرمى سواء رجع له فبترك أو لم يرجع ولذلك لم يذكروا الفوات ولا الرجوع والادراك والثاني أن يريد بذلك ان من صدر وفاته الرمي لفوات وقت القضاء ان عليه الهدى وان من لم يفته ذلك فلا هدى عليه والله أعلم وأحكم

❦ الافاضة ❦

ص ❦ مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب خطب الناس بعرفة وعلمهم أمر الحج وقال لهم فيما قال اذا جئتم منى فمى الجمره فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب لا يمس أحد نساء ولا طيبا حتى يطوف بالبيت ❦ ش قوله خطب الناس بعرفة يريد يوم عرفة وخطبته ليست للصلاة وانما هي لتعليم الحاج ولذلك قل وعلمهم أمر الحج يريد انه علمهم من أحكامه ما يستقبلونه من المبيت بالزدلفة وجمع المغرب والعشاء بها والوقوف بها بعد طلوع الفجر والدفع منها الى منى ورمى جمره العقبة يوم النحر ثم الذبح والنحر ثم الحلاق ثم طواف الافاضة لمن أراد تعجيله أو تأخيرها ثم المبيت بمنى ورمى الجمار أيام التشريق وحكم التعجيل والتأخير والنفر والتحصيب

(فصل) وقوله رضى الله عنه اذا جئتم منى فمى الجمره فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب يريد ان أول التحلل رمى جمره العقبة فمن رماها استحل بها اللقاء والتفت ولبس الثياب وغير ذلك من محظورات الاحرام الا النساء والطيب فاما النساء فلا خلاف في بقاء تحريمهن حتى يطوفن طواف الافاضة (مسئلة) وأما الطيب فاختلف العلماء في اباحته منع من ذلك مالك وأجازة غيره وقد تقدم ذكره (مسئلة) فاذا ثبت منعه فمن تطيب فلا فدية عليه عندما لك لانه قد وجد منه بعض التحلل برمى جمره العقبة ولانه مما اختلف العلماء في اباحته وبذلك فارق اصابة النساء فانه متفق على المنع منه (مسئلة) ولم يذكروا عمر بن الخطاب رضى الله عنه بمنى تحريم الصيد وذلك أن المقيم بها مقيم بالحرم والصيد ممنوع فيه للحلال فلا يستبيحه لطواف الافاضة ولا غيره وانما تكلم

❦ الافاضة ❦

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب خطب الناس بعرفة وعلمهم أمر الحج وقال لهم فيما قال اذا جئتم منى فمى الجمره فقد حل له ما حرم على الحاج الا النساء والطيب لا يمس أحد نساء ولا طيبا حتى يطوف بالبيت

وحدثني عن مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر (٥٧) أن عمر بن الخطاب قال من رمى

الجمرة ثم حلق أو قصر ونحر هديا إن كان معه فقد حل له ما حرم عليه إلا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت

﴿ دخول الحائض مكة ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين

أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهلنا بعمره هدى فلهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا قالت فقد تمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

انقضى رأسك وامتشطي وأهلي بالحج ودعي العمرة قالت ففعلت فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق إلى التنعيم فاعتمرت فقال هذا مكان عمرتك فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وأهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فأتوا طوافا واحدا عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة بمثل ذلك * ش قولها فأهلنا بعمره فاحتل أن تريد بذلك أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن تريد من كان معها أو طائفة أشارت إليهم ولا يصح أن تريد جماعة أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لأنها قد ذكرت أن منهم من أهل بعمره ومنهم من جمع بين العمرة والحج

على ما يستباح بطواف الأفاضة ويمنع منه الإحرام خاصة دون حرمة الحرم ولا خلاف على المذهب أن الصيد ممنوع في ذلك الوقت في الحل ولو أصاب الصيد في الحل قبل طواف الأفاضة لكان عليه جزاؤه وقد قال به ابن القاسم ص * مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال من رمى الجمرة ثم حلق رأسه أو قصر ونحر هديا إن كان معه فقد حل له ما حرم عليه إلا النساء والطيب حتى يطوف بالبيت * ش قوله من رمى الجمرة يريد جمرة العقبة يوم النحر ثم حلق رأسه وقصر ونحر هديا إن كان معه قدم الحلاق في اللفظ على النحر والنحر مقدم في الرتبة غير أن الواو لا تقتضي رتبة فأعلمنا أن إضافة النحر والحلاق إلى الرمي لا يبيح النساء ولا الطيب وأما ما يبيح ذلك طواف الأفاضة لأنه نهاية التحلل من الإحرام

﴿ دخول الحائض مكة ﴾

ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهلنا بعمره ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدى فلهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا قالت فقد تمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انقضى رأسك وامتشطي وأهلي بالحج ودعي العمرة قالت ففعلت فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق إلى التنعيم فاعتمرت فقال هذا مكان عمرتك فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلقوا منها ثم طافوا طوافا آخر بعد أن دفعوا من منى لحجهم وأما الذين كانوا أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فأتوا طوافا واحدا عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة بمثل ذلك * ش قولها فأهلنا بعمره فاحتل أن تريد بذلك أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن تريد من كان معها أو طائفة أشارت إليهم ولا يصح أن تريد جماعة أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لأنها قد ذكرت أن منهم من أهل بعمره ومنهم من جمع بين العمرة والحج

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم من كان معه فلهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما يحفل وجهين أحدهما أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك عند الإهلال بالإحرام والدخول فيه فقال من كان معه هدى فلا عليه أن يقرن أن شاء ذلك ليس بين جواز القران ويكون معنى من كان معه هدى أحد وجهين أحدهما من كان معه الآن وهو يريد أن يقلده ويشعره فليقلده ويشعره إذا أحرمت بحجته لأن ذلك وقت وجوبه عليه والوجه الثاني من وجدته وأمكنه أن يهديه ويكون فائدة ذلك الحظ على الحج من ذلك العام لمن كان معه الهدى ولعله علم من هذه صفته أو من بعضهم العزم على ترك الحج والاقتصار على فعل العمرة لأجل الهدى فخص من نحر الهدى على أن يقرن فيصح في عامه ذلك مع ما فيه من جواز القران والمعنى الثاني أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك بعد الإحرام بالعمرة وبعد تقليد الهدى وإشعاره على أن ينحر بمنى في حجته وأن يحل من عمرته عند وصوله إلى مكة ثم يبق حلالا وهديه مقلدا مشعرا حتى يحرم بالحج يوم التروية ثم ينحر

(٨ - منتقى - لث)

فأما طوافا واحدا * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة بمثل ذلك

هديه بمنى يوم النحر فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يردفوا الحج على العمرة ويعودوا قارنين ومعنى ذلك المنع لهم من التحلل مع بقاء الهدى وذلك ممنوع لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حنصة المتقدم إلى بيت رأسى وقلت هدى فلا أحل حتى أتحر ويقتضى ذلك أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك - إلى هذا الوجه في وقت يمكن فيه رداف الحج على العمرة

(فصل) وقوله ثم لا يحل حتى يحل منهما يحتمل أنه نص على المنع من ذلك لأنه لا يبيع التحلل من العمرة مع البقاء على حكم الأحرار بالحج فنع من الخلاف للعمرة والتحلل منها بشئ حتى يحل الحل كله عند التحلل من الحج ويحتمل أنه نص على المنع من التحلل لاستئذان ذلك المنع من التحلل مع بقاء الهدى على تقليده ويحتمل أن يكون نص على ذلك ليعلمهم معنى القرآن وحكمه أنه لا يتحلل من العمرة وأن أتى القارن بالعمل الذي يخصها ولم يبق من العمرة إلا ما يخص الحج فانه باق على حكم القرآن وإن ما يبق عليه من الأحرام ثابت في حق العمرة كما هو ثابت في حق الحج حتى يكمل الحج فيكون التحلل منهما

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها فقد تمت مكة وأنا عائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة وذلك أن الطواف ممنوع في حق الحائض لأن من شرطه الطهارة لأنه عبادة مختصة بالبيت كالصلاة والسعي بين الصفا والمروة مرتب على الطواف بالبيت لا يصح إلا بعده فمن لم يصح طوافه لم يسع بين الصفا والمروة وإن كان السعي بينهما ليس من شرطه الطهارة ولو أن امرأة دخلت طاهرا فطافت بالبيت وصلت الركعتين ثم حاضت لجاز لها أن تسعي بين الصفا والمروة وإن كان الأفضل السعي بينهما على طهارة وقد تقدم من قول مالك أنه لا إعادة على من سعى على غير طهارة

(فصل) وقولها فشكوت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتضى أنها لم تكن ساقط هديا ولا كانت ممن أن يردف الحج على العمرة وإنما كانت ممن يسوغ له التماضي على المتمتع بالعمرة إلى الحج فكان من حكمها إذا دخلت مكة أن تطوف بالبيت وتسعى بين الصفا والمروة ثم تحل من عمرتها ثم تستأنف بالحج فلم يمكنها إتمام عمرتها لتعذر الطواف والسعي عليها من أجل حيضها فشكبت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انقضي شعرك وامتشطى يحتمل والله أعلم أنه أباح لها في ذلك لأذى أدركها من طول أحرماها وتماذى الشفت عليها وكثرة هوام أو غير ذلك مما أباح لها به الإمتشاط ونقض رأسها ما كان في ذلك من إزالة الأذى عنها لأن الجلاق ممنوع عليها وهذا كما أمر كعب بن عجرة بالجلاق إذا أذاه هوامه لأن كعب بن عجرة ممن حكمه الجلاق ولم يأمرها بالتقصير لأن التقصير ليس فيه إمطة أذى والجلاق فيه إمطة أذى وإنما أمرها بالإمتشاط ونقض شعرها لما فيه من إمطة الأذى

(فصل) وقوله وأهلى بالحج ودعى العمرة يريد صلى الله عليه وسلم أن يردف الحج على عمرتها التي قد أحرمت بها ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ودعى العمرة دعى العمل بها على ما اقتضاه أحرماها من أفرادها ويحتمل أن يريد بذلك دعى الطواف والسعي للعمرة إذا تعذر ذلك عليها بالحض حتى تطوف وتسعى للحج والعمرة طوافا واحدا وسعيا واحدا

(فصل) وقولها فلما قضيت الحج ذكرت قضاء الحج لأنه أتم ما يفعل من التيسير نسلك الحج لأن

الطواف والسعي يشترك فيهما النساكن وما بعد ذلك من الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والمبيت بمنى وهو مما يختص بالحج وهو آخر ما يفعل من النسك لمن عجل الافاضة فلذلك نصت على قضاء الحج

(فصل) وقولها أرسلنى مع عبد الرحمن بن أبي بكر الى التنعيم فاعتمرت يقتضى ان الاحرام بالعمرة انما يكون من الحل لان النسك يقتضى الجمع بين الحل والحرم وعمل العمرة كله في الحرم فلا بد من الاحرام من الحل والتنعيم أقرب الحل الى البيت

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مكان عمرتك يحتمل أن يريد به انها عمرة مفردة بالعمل مكان عمرتك الاولى التى أرادت أن تفردها بالعمل فلم تكملها على ذلك ودخلت في عمل حج للعدرا المانع من اتمامها على الوجه الذى أحرمت بها عليه

(فصل) وقولها فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلوا ترديداتهم طافوا عند ورودهم للعمرة وسعوا لها ثم حلوا لما كمل على عمرتهم ثم قالت ثم طافوا طوافا آخر بعد ان دفعوا من منى لحجهم وذلك انهم أحرموا بالحج من مكة فتأخر طوافهم وسعيهم بعد الوقوف بعرفة وهذا حكم من أحرم بالحج من مكة أن يتأخر طوافه وسعيه لحجه حتى يعود من منى لان الطواف الذى هو ركن من أركان الحج هو طواف الافاضة وأما طواف الورد وفادالم يكن ورود سقط وبقى الطواف الذى هو ركن من أركان الحج وهو بعد رمي جرة العقبة

(فصل) وقولها وأما الذين أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فأنما طافوا طوافا واحدا ثم بدوا لله أعلم أحد وجهين أما انهم لم يطوفوا غير طواف واحد للورد وطواف واحد للافاضة ان كانوا قرئوا قبل دخول مكة وان كانوا أردفوا لم يطوفوا غير طواف واحد وهو طواف الافاضة ويحتمل أن يريد بذلك انهم سعوا لها سعيها واحدا والسعي يسمى طوافا والوجه الثانى ان طوافهم كان على صفة واحدة لم يزد القارن فيه على طواف المفرد وذلك ان القارن لم يفرده العمرة بطواف وسعى بل طافا لهما كما طاف المفرد للحج وهذا نص في صحة ما ذهب اليه مالك ومن وافقه في ان حكم القارن في ذلك حكم المفرد وقد فعلوا ذلك مع النبي صلى الله عليه وسلم ولا يمكن أن يخفى عليه فعل جماعة أصحابه وقد علمته عائشة من وراء حجاب ولا يمكن أن يتفق جميعهم وتعايه وتبينه في أن لا يعلم واحد منهم هذا الحكم في ذلك الموضع الذى انما خرج اليه لاثبات ذلك الحكم وتبينه وتعلمه ولذلك قال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم

(فصل) وهؤلاء الذين جمعوا الحج والعمرة لا يخلو أن يكونوا أهلوا بها جميعا وأردفوا الحج على العمرة إذا مرهم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فان كانوا من أهلهم فما فقد طافوا بها طواف الورد وسعوا بأثره ثم طافوا بها بعد ذلك طواف الافاضة ولم يسعوا بعده وأما من أردف الحج على العمرة فان كان أردفه قبل الوصول الى مكة فحكمه حكم من أهل بها وقد تقدم الكلام فيه وأما من أردف بعد الوصول الى مكة وقبل التلبس بالطواف فانه لا يطوف بالبيت ولا يسعى بين الصفا والمروة حتى يرجع من منى لانه محرم بالحج من مكة ومن أحرم بالحج من مكة فليس عليه طواف ورود فهذا المراد من أحرم بالحج من مكة لا تأثير لما تقدم من عمرته في الورد ولا في غير ذلك من الأفعال غير وجوب الدم للقران والله أعلم ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة انها قالت قدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله صلى

* وحدثنى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أنها قالت قدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة فشكوت ذلك الى رسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال افعلي مايفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهري * ش قوله اقدمت مكة وأنا حائض فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة تريد أن تطوافي العمرة منع منه حيضها فشكت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تفعل مايفعل الحاج ولا يكون ذلك إلا أن يردف الحج على العمرة فتفعل أفعال الحاج كلها من الوقوف بعرفة والمبيت بالمزدلفة والوقوف بها ورعى الجمار والنحر وغير ذلك غير أنها لا تطوف بالبيت ولا يصح لها السعي بين الصفا والمروة لأن الطواف بالبيت قبله ولا يصح ذلك منها حتى تطهر وذكر أن الحيض يمنع من الطواف ولم يذكر امتناعها من الصلاة لأنه قد علم من حالها أنها علمت ذلك وإنما أعلمها من حكم الطواف بما لم يتقدم لها علمه ص * قال مالك في المرأة التي تهل بالعمرة ثم تدخل مكة موافية للحج وهي حائض لا تستطيع الطواف بالبيت أنها إذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت وكانت مثل من قرن الحج والعمرة وأجزأ عنها طواف واحد والمرأة الحائض إذا كانت قد طافت بالبيت وصلت قبل أن تحيض فانها تسمى بين الصفا والمروة وتقف بعرفة والمزدلفة وترى الجمار غير أنها لا تفيض حتى تطهر من حيضها * ش قوله في التي تدخل مكة معمرة ولا تستطيع أن تطوف من أجل حيضها أنها إذا خشيت الفوات يردفوات الحج وذلك أنها ترى بالحج فإذا جاء يوم التروية ورأت حيضها تدوم ما لا نهائي أوله أو في وقت منه تعلم من عاداتها مدى حيضها التي تخاف فوات الحج أن تبادت على أفراد عمرتها حتى تطهر من حيضها لأنه قد تبادى حيضها حتى يفوتها الوقوف بعرفة فان لم تحرم قبل أن تحل من عمرتها فانها الحج فلهذا التي تؤمر أن تحرم بالحج فتدفعه على العمرة فتصير قارنة فتدرك بذلك ما تريد من الحج

(فصل) وقوله أنها إذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت يرد لقراها قال وكانت مثل من قرن الحج والعمرة تريد أن يردفوات الحج وذلك أنها ترى بالحج فإذا جاء يوم التروية ورأت حيضها تدوم ما لا نهائي أوله أو في وقت منه تعلم من عاداتها مدى حيضها التي تخاف فوات الحج أن تبادت على أفراد عمرتها حتى تطهر من حيضها لأنه قد تبادى حيضها حتى يفوتها الوقوف بعرفة فان لم تحرم قبل أن تحل من عمرتها فانها الحج فلهذا التي تؤمر أن تحرم بالحج فتدفعه على العمرة فتصير قارنة فتدرك بذلك ما تريد من الحج

(فصل) وقوله والمرأة الحائض إذا كانت قد طافت بالبيت وصلت قبل أن تحيض فانها تسمى بين الصفا والمروة يريد أن يردفوات الحج وذلك أنها ترى بالحج فإذا جاء يوم التروية ورأت حيضها تدوم ما لا نهائي أوله أو في وقت منه تعلم من عاداتها مدى حيضها التي تخاف فوات الحج أن تبادت على أفراد عمرتها حتى تطهر من حيضها لأنه قد تبادى حيضها حتى يفوتها الوقوف بعرفة فان لم تحرم قبل أن تحل من عمرتها فانها الحج فلهذا التي تؤمر أن تحرم بالحج فتدفعه على العمرة فتصير قارنة فتدرك بذلك ما تريد من الحج

(فصل) وقوله وتقف بعرفة وترى الجمار يريد أن يردفوات الحج وذلك أنها ترى بالحج فإذا جاء يوم التروية ورأت حيضها تدوم ما لا نهائي أوله أو في وقت منه تعلم من عاداتها مدى حيضها التي تخاف فوات الحج أن تبادت على أفراد عمرتها حتى تطهر من حيضها لأنه قد تبادى حيضها حتى يفوتها الوقوف بعرفة فان لم تحرم قبل أن تحل من عمرتها فانها الحج فلهذا التي تؤمر أن تحرم بالحج فتدفعه على العمرة فتصير قارنة فتدرك بذلك ما تريد من الحج

الله عليه وسلم فقال افعلي مايفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى تطهري * قال مالك في المرأة التي تهل بالعمرة ثم تدخل مكة موافية للحج وهي حائض لا تستطيع الطواف بالبيت أنها إذا خشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت وكانت مثل من قرن الحج والعمرة وأجزأ عنها طواف واحد والمرأة الحائض إذا كانت قد طافت بالبيت وصلت فانها تسمى بين الصفا والمروة وتقف بعرفة والمزدلفة وترى الجمار غير أنها لا تفيض حتى تطهر من حيضها

﴿ افاضة الحائض ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أن صفية ابنة حي حاضت فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحابستنا هي فقيل إنها قد أفاضت فقال فلا إذا ش قوله أن صفية بنت حي وهي زوج النبي صلى الله عليه وسلم حاضت وهي محرمة بالحج فذكرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما اعتقدت أو تخوفت أن تكون حيضتها تمنعها بعض أفعال الحج أو جميعها فأرادت أن تعلم علم ذلك وكانت كثيرة البحث والسؤال عما لا تعلمه ولعله أجرى ذكر صفية على ما في حديث هشام بن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكرها فأخبرته عائشة أنها قد حاضت وأولع النبي صلى الله عليه وسلم قد سأل عن ذلك من حالها فأخبرته عائشة بحيضتها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أحابستنا هي يقتضي أن الحيض يمنع بعض أفعال الحج وبوجوب البقاء عليه إلى أن تظهر من حيضتها فيمكنها فعل ذلك وإن كان ليس في الوقت تعيين ذلك الفعل إلا أنه يمكن أنه قد عينه قبل ذلك وعلم من أخبره بذلك من سنته صلى الله عليه وسلم أن الذي يمنع منه الحيض من أفعال الحج الطواف خاصة ولذلك قالت له إنها قد أفاضت فقال فلا إذا يرصد صلى الله عليه وسلم أنها إن كانت قد أفاضت فأنها لا تبتقي ولا تجس من يكون معها فاقتضى أن الحيض يجس المرأة إذا لم تكن أفاضت ويجس من معها ممن يلزمه أمرها ولذلك يجس الكرى معها وسيأتي ذكره بعده إذا شاء الله تعالى (مسئلة) والذي يجس عليها الكرى وذو المحرم والرفقة فأما الكرى فإنه يجس عليها أكثر ما يجس النساء الدم على ما يأتي بعده إذا شاء الله تعالى وأما ذو المحرم فإنه يجس عليها حتى يمكنها السفر وأما الرفقة والاصحاب فقد قال مالك إن كان مقامها اليوم واليومين وما أشبه ذلك فيجس كرىها ومن معه وإن كان أكثر من ذلك لم يجس إلا كرىها وحده ووجه ذلك أن الرفقة تلحقهم المشقة بطول الجبس وليس بينهم وبينها عقد ولا لها عليهم حق يجسونه به إلا مقدار ما تلحقهم به مضرة لمعنى المرافقة والاصطحاب في الطريق وهي تجدد العوض منهم بعدمدة فإن الطريق المأمونة لا تنقطع وأما الكرى فلها عليه حق ثبت عليه بعقد فليس له أن يتركها ويذهب بحققها وهو حق معتاد قد عرفه ودخل عليه فلزمه من المقام ما لا يلزم الرفقة وأيضا فإن حقها قد تعين عنده وتعلق به دون غيره فليس له نقله إلى غيره وأيضا فإن المرأة لو أرادت المقام لكان للكبرى أن يطلبا بحقه عندها من السير معه وهو الكراء ولو أرادت أن تقيم لم يكن للرفقة قبلها في ذلك حق بوجه ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله إن صفية بنت حي قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلها تحبسنا إن لم تكن طافت معكن بالبيت قلن بلى قال فاخرجن ﴿ مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين كانت إذا حجت ومعهن نساء تخاف أن يحضن قدسهن يوم النحر فافضن فان حضن بعد ذلك لم تنتظرهن تنفريهن وهن حيض إذا كن قد أفضن ﴿ ش قولها إن عائشة رضي الله عنها كانت إذا حجت ومعهن نساء تخاف أن يحضن الخوف يكون في ذلك على وجهين أحدهما أن يكن ممن يحضن فإن كن ممن لم يبلغ الحيض أو من اللاتي ينس من الحيض فلا يخاف عليهن الحيض والوجه الثاني أن يكون قرب وقت طهرها من حيضها وعادتها ما أدى طهرها مدة ينقض إحرامها

﴿ افاضة الحائض ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أن صفية بنت حي حاضت فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال أحابستنا هي فقيل إنها قد أفاضت فقال فلا إذا ﴿ وحدثني عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله إن صفية بنت حي قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلها تحبسنا إن لم تكن طافت معكن بالبيت قلن بلى قال فاخرجن ﴿ وحدثني عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين كانت إذا حجت ومعهن نساء تخاف أن يحضن قدسهن يوم النحر فافضن فان حضن بعد ذلك لم تنتظرهن تنفريهن وهن حيض إذا كن قد أفضن

قبل انتقضائها فأما من لا يبقى عليها الحيض جله فلا تقدم الطواف مخافة الحيض وانما تقدمه ان قدمته لفرضه المبادرة بتسليم الاحرام مما عسى أن يلحقه من نقص وان لم يلحقه فساد وأما من تحيض وعادتها ان زمان طهرها مدة تنقضي أيام الاحرام قبلها فلا حوط تقديم الطواف لجواز أن يأتي من حيضتها ما يخالف عاداتها وان كانت لا تأمن تقدم حيضتها وهي ترتقب وروده أو كان أمدا طهرها لا يلزم العادة فهذه التي لا خلاف في انها من كانت تقدمها عائشة للطواف يوم النحر مخافة الحيض عليها فكانت تقدمها للطواف ليكمل احرامها ولا يبقى عليها من عمل الحج ما يمنع الحيض منه وانما يبقى عليها المبيت يعني ورمى الجار وذلك لا ينافي في الحيض وجل للكبرى أن يأخذها بتقديم ذلك (فصل) وقولها فان حضن بعد ذلك لم تكن تنتظرهن تنفريهن وهن حيض يريدن كان جميع ما يبقى من الحج بعد طواف الافاضة في حال حيضهن فاذا أكلن ذلك نفرت بهن والله أعلم واحكم من مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفة ابنته حي فقيل له انها قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلمها حابستنا فقالوا يا رسول الله انها قد طافت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا اذا قال مالك قال هشام قال عروة قالت عائشة ونحن نذكر ذلك فلم يقدم الناس نساءهم ان كان ذلك لا ينفعهم ولو كان الذي يقولون لا يصبح يعني أكثر من ستة آلاف امرأة حائض كلهن قد أفضن ش قولها في الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفة بنت حي فيحتمل أن يكون ذلك سببا أن يخبر بأنها حاضت ولعله سأل عن ذلك من حالها اذ خفي عنه أمرها

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها فلم يقدم الناس نساءهم ان كان لا ينفعهم انكار على من يقول ان تقدم الافاضة لا ينفعهم فآهن لا بد أن يبقين على طواف الوداع فقالت ولو لم يستحب الرجوع الى بلادهن بتقديم الطواف لاتفق الناس على تقديم النساء من منى يوم النحر للطواف الافاضة ولكأنوا يقتصرون على تأخير الطواف لان في تقديم طوافهن يوم النحر تكلفا ومشقة مع ما يلزم من سترهن ويثقل من حملهن لكن لما علم الناس ان من حاضت منهن كان لها أن ترجع الى بلدها وان لم تقدم على طواف الصدر لأجل الحيض تكلفوا تلك المشقة وكانت أخف عليهم من البقاء معهن اذا حضن

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها ولو كان الذي يقولون لا يصبح يعني أكثر من ستة آلاف امرأة حائض يريدن هذا يكثر على النساء فلم ينفعن تقديم الافاضة لكثرتن يقيم من النساء بمكة لأجل الحيض على طواف الصدر ولو لم ينفعن ما قدم من طواف الافاضة ولما عدم ذلك مع احتبال النساء في ذلك الزمان بأمر الدين وكثرة العلماء صح وثبت ان ذلك اتفاق من جميعهم على انه لا يلزمها مقام على طواف الصدر وانما يلزم المقام على طواف الافاضة لانه ركن من أركان الحج وفي ذلك ان عائشة جوزت الكلام على المسئلة واطهار وجه الصواب فيها بالرى وان كانت قد حفظت من قول النبي صلى الله عليه وسلم في خبر صفة بنت حي ان الافاضة قبل الحيض تبج الانصراف لكنها مع ذلك أضافت الى ذلك بيان المعنى بعد الاثر من مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه ان أبا سلمة بن عبد الرحمن أخبره ان أم سليم بنت ملحان استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد حاضت أوولدت بعدما أفاضت يوم النحر فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت أم سلمة استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت قد حاضت أوولدت بعدما أفاضت

• وحديثي عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر صفة بنت حي فقيل له قد حاضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلمها حابستنا فقالوا يا رسول الله انها قد طافت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا اذا قال مالك قال هشام قال عروة قالت عائشة ونحن نذكر ذلك فلم يقدم الناس نساءهم ان كان ذلك لا ينفعهم ولو كان الذي يقولون لا يصبح يعني أكثر من ستة آلاف امرأة حائض كلهن قد أفضن • وحديثي عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه ان أبا سلمة بن عبد الرحمن أخبره ان أم سليم بنت ملحان استفتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد حاضت أوولدت بعدما أفاضت يوم النحر فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت

فاستفتته فيما يجوز لها من الخروج أو يلزمها من المقام حتى يكون آخر عهدها الطواف بالبيت فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت لما كانت قد أقاضت ص **قال مالك والمرأة تحيض** بمنى تقيم حتى تطوف بالبيت لا بد لها من ذلك وإن كانت قد أقاضت حاضت بعد الأفاضة فلتنصرف إلى بلدها فإنه قد بلغنا في ذلك رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم للحائض قال وإن حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فإن كرها يحبس عليها أكثر مما يحبس النساء الدم **ش** قوله أنه قد بلغنى في ذلك رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفيه وما أذن به لأم سليم وسمى ذلك رخصة على عرف الفقهاء فيما أبيح لضرورة من جملة ممنوعة فلما ورد الأمر في الحاج والمعتمر أن يكون آخر عهدهما الطواف بالبيت واستثنى من ذلك الحائض سمي رخصة

(فصل) وقوله وإن حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فإن كرها يحبس عليها بقدر ما يحكم للمرأة بأنها حائض فإذا حكم لها بالاستحاضة اغتسلت وطافت ورجعت قال ابن وهب عن مالك تقيم الحائض أكثر مما يحبس النساء الحيض وتقيم النفساء أكثر مما يحبس النساء دمها

(فصل) وقوله فإن كرها يحبس عليها هذا مذهب مالك وسواء علم بحملها أو لم يعلم وليس عليها أن تخبره بذلك رواه أشهب عن مالك في العتبية والموازية (مسئلة) إذا ثبت أن الكرى يحبس عليها فقد قال مالك في العتبية ولا أدري هل تعينه النفساء في العلف (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال أبو بكر بن محمد وقد قيل إنها إنما يحبس عليها كرها إذا كان الأمن وأما في هذا الوقت حيث لا يأمن في طريقه فهي ضرورية ويفسخ الكراء **قال القاضي أبو الوليد** رحمه الله وجه ذلك عندي أن وفاء الأمن يجدر بأهله ويمكنه إذا ظهرت أن يدخل الطريق ويسافر وإذا كان الخوف لم يمكنه ذلك ويحتاج أن ينتظر القوافل والصعبة فتلحقه المشقة **قال القاضي أبو الوليد** رحمه الله تعالى ومثل هذا عندي في المرأة التي لا محرم لها وإنما يخرج في أرفقة العظيمة المأمونة وأرفقة التي فيها النساء فهذا أيضا مما لا يمكن وجود ذلك في كل وقت فحتاج إلى الانتظار وأما ذات المحرم مع الطريق المأمون فلا يحتاج إلى شيء من ذلك ولا يحبسها شيء غير حيضها

فدية ما أصيب من الطير والوحش

ص **قال مالك عن أبي الزبير** المسكي أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة **ش** قوله أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع بكبش على معنى أنه عدل له من النعم وأشبه النعم به قدرا وقضى في الغزال بعنز على ذلك المعنى أيضا لأن العنز أشبه النعم بالغزال وأقرها قدرا إليه والكبش والعنز مما يصح أن يهدى فجاز أن يكونا عوضا عن الضبع والغزال يهدى كل واحد منهما جزاء عن إصابته نظيره من الصيد كما قال تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة

(فصل) وقوله وفي الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة العناق الأنثى من أولاد المعز أذاعى وقوى والجفرة الأنثى من أولادها إذا بلغت أربعة أشهر وفصل عن أمه وفرق عمر بين الأرنب واليربوع فجعل في الأرنب عناقا وفي اليربوع جفرة وهي دون العناق وقد روى عنه أنه أفتى في الضب يهدى والذي ذهب إليه مالك أن كل ما صغر عن أن يكون له نظير من النعم يهدى فإنه ليس فيه إلا

قال مالك والمرأة تحيض بمنى تقيم حتى تطوف بالبيت لا بد لها من ذلك وإن كانت قد أقاضت حاضت بعد الأفاضة فلتنصرف إلى بلدها فإنه قد بلغنا في ذلك رخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم للحائض قال وإن حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فإن كرها يحبس عليها أكثر مما يحبس النساء الدم

فدية ما أصيب

من الطير والوحش
حدثني يحيى عن مالك
عن أبي الزبير أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة

صيام وقال مالك في المبسوط لا يحكم في جزاء الصيد بجفرة ولا عناق ولا يحكم بدون المسن والدليل على ما نقوله قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة فقيد ذلك بالهدى فلا يصح أن يخرج في ذلك ما ليس بهدى لأنه ليس من الجزاء الذي تضمنته الآية ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان لا يكون بدله هديا فلم يكن له بدل من النعم أصل ذلك صغار الطير والحشرات (مسئلة) إذا ثبت ذلك فقد اختلف أصحابنا في الأرنب وفي البربوع ففي كتاب ابن حبيب عن مالك في كل واحد منهما عز وروى عنه ابن عبد الحكم ليس فيما دون الظبي إلا الطعام أو الصيام وجه قول ابن حبيب أنه انما يراعى المثل في جزاء الصيد من جهة القدر والصورة وقد وجد في البربوع المثل من جهة الصورة فوجب أن يطلب أقرب المثل اليه من جهة القدر كما نرى ذلك في صغار الوحش فإنه لما كان له مثل من جهة الصورة لم يراع القدر فحكمنا في صغير النعام بما يحكم فيه بكبيره وهي البدنة مع تفاوت ما بينهما في القدر ووجه رواية ابن عبد الحكم أن الصفة والقدر يجب أن يراعى في الجنس فإذا كان الشبه يقرب من جهة الصورة والشبه يقرب من جهة القدر في الجنس حكمنا فيه بالمثل وإذا تفاوت في القدر في جملة الجنس وجب أن لا يحكم فيه بمثل كما لا يحكم في صغار الطير والحشرات ولا يدخل على هذا صغار ماله مثل لأن الشبه من جهة الضرورة والقدر قد وجد في الجنس ص مالك عن عبد الملك بن قريش عن محمد بن سيرين أن رجلا جاء إلى عمر بن الخطاب فقال اني أجريت أنا وصاحب لي فرسين نستبق إلى ثغرة ثنية فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فإذا ترى فقال عمر لرجل إلى جنبه تعال حتى أحكم أنا وأنت قال فحكمنا عليه بعز فولى الرجل وهو يقول هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلا يحكم معه فسمع عمر قول الرجل فدعا فسأله هل تقرأ سورة المائدة قال لا قال فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي فقال لا فقال عمر لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لا وجعتك ضربا ثم قال ان الله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن بن عوف ش قوله أجرينا فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فإذا ترى يحتمل أن يكون مستفتيا ويحتمل أن يكون طلب الحكم عليه إذا اعتقد أن الواحد يصح حكمه في ذلك

(فصل) واستدعاء عمر بن الخطاب الرجل الذي إلى جنبه أن يحكم معه امتثال لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وهو مذعوب مالك أنه لا يجوز أن يحكم فيه أقل من رجلين وبه قال الشافعي ولا يجوز أن يكون المحكوم عليه أحدهما وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن إعادته هنا

(فصل) وقوله فحكمنا عليه بعز يريد أنه اختار المثل ولذلك حكمنا عليه بعز يهديها لأنها أقرب الانعام شها وقدر بالظباء فطن المحكوم عليه أنه انما استدعى من يحكم معه لعجزه عن الحكم في فضيته مفردا حتى يعينه عليها الرجل الذي استدعاه للحكم معه

(فصل) وقول عمر له هل تقرأ سورة المائدة خص سورة المائدة بالسؤال عنها لما كان الحكم فيها دون غيرها من السور وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وسأله هل تعرف الرجل الذي معه لما كان مشهورا بالعدالة والعلم والأمانة وان كل من عرف عينه عرف عداله

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لا وجعتك ضربا باعلامه بأنه قد عذره لجهله لما لم يقرأ السورة التي فيها شأن هذه الحكومة وقال له لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لا وجعتك ضربا ويحتمل أنه كان يوجهه ضربا لما أظهر من مخالفته التزليل ان كان فهم

وحدثني عن مالك عن عبد الملك بن قريش عن محمد بن سيرين أن رجلا جاء إلى عمر بن الخطاب فقال اني أجريت أنا وصاحب لي فرسين نستبق إلى ثغرة ثنية فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فإذا ترى فقال عمر لرجل إلى جنبه تعال حتى أحكم أنا وأنت قال فحكمنا عليه بعز فولى الرجل وهو يقول هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلا يحكم معه فسمع عمر قول الرجل فدعا فسأله هل تقرأ سورة المائدة قال لا قال فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي فقال لا فقال عمر لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لا وجعتك ضربا ثم قال ان الله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن بن عوف

(فصل) وقوله بعد هذا ان الله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة وهذا عبد الرحمن بن عوف اعلامه بالبعني الذي اوجب عليه مشاركة عبد الرحمن بن عوف له في هذا الحكم وهو امره تعالى بأن يحكم به ذوا عدل ثم أعلمه أن الذي حكم معه عبد الرحمن بن عوف فان كان السائل قد سمع بذلك من عبد الرحمن بن عوف فقد عرف عدالتهم وان لم يسمع بذلك من عبد الرحمن بن عوف فانه في أيسر وقت يسأل فيخبر بعد الله وامامته واشتهار علمه ولذلك قال له وهذا عبد الرحمن بن عوف فنص على اسمه الذي يمكن السائل أن يكون قد سمع به لشهرته وعلو ذكره أو يسأل عنه ولو اراد الاخبار عن عدالته فقط لقال وهذا عدل

وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة أن أباه كان يقول في البقر من الوحش بقرة وفي الشاة من الطباء شاة * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول في حمام مكة إذا قتل شاة وقال مالك في الرجل من أهل مكة يحرم بالحج أو العمرة وفي بيته فراخ من حمام مكة فيغلق عليها فتموت فقال أرى بأن يفدى ذلك عن كل فرخ بشاة قال مالك لم أزل أسمع أن في النعامة إذا قتلها المحرم بدنة قال مالك أرى أن في بيضة النعامة عشر ثمن البدنة كما يكون في جنين الحرة غرة عبد أو وليدة وقبة الغرة خسون ديناراً وذلك عشر دية أمه

تكرر اشاعة واذا عومع ذلك فانه لا يجوز اخراجها الا بعد الحكم بها وتكريرا الاجتهاد في ذلك وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله ان في بيضة النعامة عشر ثمن البدنة وذلك انه لا يخرج فيها جزء من النعم وان كانت قيمة عشر البدنة أكثر من قيمة عنز لانه لا مثل لها في النعم وانما جزاؤها عشر قيمة البدنة التي هي جزء النعامة وبين مالك ذلك بان ما قاله قياسا على دية الجنين غرة قيمتها خمسون دينارا وهي عشر دية الحرة لان ديتها خمسمائة دينار وقد تقدم الكلام في ذلك ص * قال مالك وكل شيء من النصور أو العقبان أو الزبابة أو الرخم فانه صيد يودى كما يودى الصيد اذا قتله المحرم وكل شيء فدى في صغاره مثل ما يكون في كباره وانما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء

فدية من أصاب شيئا من الجراد وهو محرم * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال يا أمير المؤمنين اني أصبت جرادة بسوطي وأنا محرم فقال له عمر أطلع قبضة من طعام * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فسأله عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نكح فقال لكعب درهم فقال عمر لكعب انك لتجد الدرهم لتمره خير من جرادة * ش قول عمر أطلع قبضة من طعام يريدانها أخف عليه من غير ذلك وهي تجزى عن الجرادة وكذلك يقول مالك من أصاب جرادة فعليه قبضة طعام * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أنه لو شاء الصيام لحكم عليه بصيام يوم الآن يمنع من ذلك اجماع وانما سارع الفقهاء الى إيجاب قبضة من الطعام لعلمهم أنها أسهل على من أصاب الجرادة من صيام يوم فاستغنى في ذلك عن الاعلان بالتصير (مسئلة) وهذا حكم الذباب وغير ذلك من الحشرات من أصاب شيئا من ذلك وداه وقال الشافعي في الخنافس والجعلان وبنات وردان والعصا وما جرى مجرى ذلك قتله مباح ولا شيء عليه ان قتلها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم من تعمد قتلها وأصابها خطأ وهو بمكة لعسر العز منها ولذلك لم يسأله عمر هل أصاب الجرادة خطأ أو عمدا

قال مالك وكل شيء من النصور أو العقبان أو الزبابة أو الرخم فانه صيد يودى كما يودى الصيد اذا قتله المحرم وكل شيء فدى في صغاره مثل ما يكون في كباره وانما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء

فدية من أصاب شيئا من الجراد وهو محرم * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال يا أمير المؤمنين اني أصبت جرادة بسوطي وأنا محرم فقال له عمر أطلع قبضة من طعام * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فسأله عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نكح فقال لكعب درهم فقال عمر لكعب انك لتجد الدرهم لتمره خير من جرادة

فدية من أصاب شيئا من الجراد وهو محرم *

ص * مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فقال يا أمير المؤمنين اني أصبت جرادة بسوطي وأنا محرم فقال له عمر أطلع قبضة من طعام * مالك عن يحيى بن سعيد أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب فسأله عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نكح فقال لكعب درهم فقال عمر لكعب انك لتجد الدرهم لتمره خير من جرادة * ش قول عمر أطلع قبضة من طعام يريدانها أخف عليه من غير ذلك وهي تجزى عن الجرادة وكذلك يقول مالك من أصاب جرادة فعليه قبضة طعام * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أنه لو شاء الصيام لحكم عليه بصيام يوم الآن يمنع من ذلك اجماع وانما سارع الفقهاء الى إيجاب قبضة من الطعام لعلمهم أنها أسهل على من أصاب الجرادة من صيام يوم فاستغنى في ذلك عن الاعلان بالتصير (مسئلة) وهذا حكم الذباب وغير ذلك من الحشرات من أصاب شيئا من ذلك وداه وقال الشافعي في الخنافس والجعلان وبنات وردان والعصا وما جرى مجرى ذلك قتله مباح ولا شيء عليه ان قتلها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم من تعمد قتلها وأصابها خطأ وهو بمكة لعسر العز منها ولذلك لم يسأله عمر هل أصاب الجرادة خطأ أو عمدا

ولا كان في سؤاله بيان ذلك فدل على تساوي الحكم عند عمر وأما المحرم يطأ بغيره الجراد لانه يكثر في الطريق فلا يمكن التحرز منه فقد روى ابن المواز عن ابن وهب عن مالك ليس على الناس في ذلك شيء ما لم يتعمدوا وقال مالك مثل ذلك وقد سئل عن الذباب لا يستطيع الاحتراز منه لكثرة فيها المحرم يمشي على بطنه فيقتله يطعم وجه القول الأول وهو اختيار ابن عبد الحكم ان الضرورة اذا كانت عامة ولم يمكن احتراز منها. لغلبتها وكثرة فانه يسقط حكم المنع بها ويبيح القتل واذا كان القتل مباحا على العموم سقط الفداء به كقتل عادية السباع ووجه القول الثاني ان المحرم اذا أصاب الصيد لزمه الجزاء وان لم يقدر على التحرز منه كما لو قتله خطأ (مسئلة) ومتى وجب بذلك الاطعام فهل يجوز دون حكومة قال محمد بن يحيى به ذوا عدل * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أن هذا معنى قول عمر لكعب تعالى حتى تحكم فان أخرج ذلك دون حكم فعليه أن يعيد ووجه ذلك ان هذا مما يلزم المحرم به الجزاء فلم يصح انزاجه الا بحكم الحكمين أصل ذلك جزاء الصيد

(فصل) وقوله لكعب لما أراد أن يحكم في الجراد بدرهم انك تجدد الدرهم انكارا عليه لتسامحه بالدرهم واجباها في غير موضعها فعمل من كثرت دراهمه وهانت عليه والحكم في جزاء الصيد أيضا يجب أن يتحرى ويبتعد فيما يحكم به ويترك التسامح والحكم بأكثر من الواجب كما يترك الحكم بأقل منه ثم قال عمر لتمره خير من جرادة ير بدأنها تجزى عنها لانها أفضل منها وأنفع لا كلها من الجرادة وأكثرتنا لمن أراد بيعها وفي هذا أن الحكمين اذا اختلفا لم يلزم قول واحد منهما ويجب أن يستأنف الحكم ولعل كعبا قد رجع الى موافقة عمر رضي الله عنه في قوله ان التمرة خير من الجرادة ثم حكى بذلك لان قول عمر انها خير، نه ليس في ذلك حكم بالتمره وانما هو مخالفة لكعب أولعل عمر قد استدعى غير كعب للحكم معه واستدعاء عمر رضي الله عنه كعبا للحكم معه دليل على عدالة عنده لانه لو لم يكن عنده عدلا لما جاز أن يحكمه في مثل هذا والله تعالى يقول في كتابه يحكم به ذوا عدل منكم

﴿ فدية من حلق قبل أن ينحر ﴾

ص * مالك عن عبد الكريم بن مالك الجزري عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن كعب بن عجرة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين مدين مدين لكل انسان أو انسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك * ش قوله انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرما يريدانه كان معه محرما وكان ذلك في عمرة الحديبية فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه والأمر وان كان يقتضى الوجوب أو الندب ولا تكون الاباحة أمرا فقد يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم نذبه الى ذلك ورآه الأفضل له فقد نهى الانسان عن أذى نفسه وتعميل المشقة الخارجة عن العادة المؤذية التي لا يطيقها الانسان غالبا في العبادات ولذلك كره من الحولاء بنت تويت أن لاتنام الليل وقد قال صلى الله عليه وسلم أكلوا من العمل ما تطيقون (فصل) وقوله صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين أو انسك بشاة على وجه التحبير له في أن يفعل أى ذلك شاء وبين ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم أى ذلك شئت فعلت (مسئلة) والانسك ههنا

﴿ فدية من حلق

قبل أن ينحر ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن عبد الكريم بن مالك

الجزري عن عبد الرحمن

ابن أبي ليلى عن كعب بن

عجرة انه كان مع رسول

الله صلى الله عليه وسلم

محرما فأذاه القمل في رأسه

فأمره رسول الله صلى

الله عليه وسلم أن يحلق

رأسه وقال صم ثلاثة أيام

أو اطعم ستة مساكين مدين

مدين لكل انسان أو

انسك بشاة أى ذلك فعلت

أجزأ عنك

من بهيمة الأنعام دون غيرها قال ابن المواز يجوز أن ينسك بدنة أو بقرة وقد نص في الحديث على الشاة لأن ذلك أدنى ما يجزى ولا يقلد النسك ولا يشعر ولا يساق من حل إلى حرم إلا أن يريد أن يجعله هديا فإن له ذلك ويكون حكمه حكم الهدى به (مسئلة) والأطعام مدين مدين لكل مسكين على ما ورد في الحديث فلا يقصر عنه وقال مالك في المدونة إنما عليه مدين لكل مسكين من عيش البلد شعير أو بر وقال ابن المواز يجزئه الشعيران كان طعامه حينئذ وإن كان طعامه ذرة نظر إلى ما يجزئه من القمح فز يد في الذرة حتى يبلغ بذلك اجزاء الخنطة في الشبع ووجه ذلك أن الشعير عنده من جنس القمح فما كان قوته أخرج منه كما يخرج عن الضأن والماعز الأغلب منهما لما كانتا من جنس واحد ولا يخرج عن أحدهما بقرا ولا غيره ما لم يكن من الجنس ص **عن مالك عن حميد بن قيس عن مجاهد بن الحجاج عن ابن أبي ليلى عن كعب بن عجرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعلي أذاك هو أمك فقلت نعم** يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعلمه بذلك فقال له أخلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطمع ستة مساكين أو أنسك بشاة **ش** قوله صلى الله عليه وسلم لعلي أذاك هو أمك يريد القمل فهو هوام الإنسان المختص بجسده فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم كثرتها سأله عن تأذيه بها فأعلمه بذلك فقال له أخلق رأسك يحتمل أن يكون ذلك على وجه الندب على ما تقدم ويحتمل أن يكون على وجه الاباحة ثم أعلمه بما يلزمه في خلق رأسه وهي الفدية وهذا يدل على أن إزالة القمل عن رأس الإنسان ممنوع وما يجب به الفدية والافقد كان رأسه بمشط رأسه واستعمال ما يقتلها ويزيلها مع بقاء شعره لكن لما كانت الضرورة تبيح الأمرين لأنه إنما تجب بازالتها في حال واحدة فدية واحدة وهو أقرب تناولا فيأمر بدواً ثم بمنفعة وراحة أمره بالخلاق (مسئلة) وهذا حكم إزالة القمل عن الجسد في المنع منه وقال الشافعي أن أخذ القملة من الجسد مباح ولا شيء فيه وفي أخذها من الرأس الفدية بشئ لا لأجل القملة ولكن لأنه ترفه بأخذ الهوام من رأسه وأزال الأذى والدليل على ما نقله أن هذا أزال قلة من جسدها لغير ضرورة فكان ممنوعاً من ذلك يجب به عليه فدية أصل ذلك إذا أخذها من رأسه (مسئلة) وهذا لمن قصد إزالة الشعر فأما من لم يقصد إزالته وإنما قصد إلى فعل آخر فكان سبباً تساقط شعره من حيث أنه رأسه فلا فدية فيه وقد روي محمد بن فمين سقط من شعر رأسه شيء لحل مناعه أو جرح يده على لحية فتساقط منها الشعرة والشعرتان أو اغتسل تبرداً فتساقط منه شعر كثير لا شيء عليه ووجه ذلك أنه لم يقصد إزالته ولو امتنع من كل ما يجز ذلك ويسببه لا تمتنع من أكثر التصرف والوضوء والغسل والركوب ومسح الوجه فإذا كانت مباحة لعدم الضرورة إليها وكان المعتاد تساقط الشعر بها استعمال أن يجب شيء بذلك ص **عن مالك عن عطاء بن عبد الله الخراساني أنه قال حدثني شيخ بسوق البرم بالكوفة عن كعب بن عجرة أنه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أنفخ تحت قدر لأصحبني وقد امتلأ رأسي ولحيتي قلا فأخذ بجبتي ثم قال أخلق هذا الشعر وصم ثلاثة أيام أو أطمع ستة مساكين وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم أنه ليس عندي ما أنسك به **ش** قوله جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل أن يكون مر به في طريقه لا مرئاً ويحتمل أن يكون قصده على ما يفعل المتواضع من زيارة أصحابه وتفقد أحوالهم ولعله قد بلغه ما بلغ به من الهوام فقصد لذلك ليحقق حال ضرورته ويأمره بما يجب له وعليه في ذلك وتناول كعب بن عجرة النفخ تحت القدر لأصحابه مسارعة إلى خدمتهم فإن الأجوف في خدمة الرفقاء جزيل ولا يمتنع المحرم من ذلك وإن خاف أن يلحق لهب النار شعره وقد ذكره مالك**

عن حميد بن قيس عن مجاهد بن الحجاج عن ابن أبي ليلى عن كعب بن عجرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعلي أذاك هو أمك فقلت نعم يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعلمه بذلك فقال له أخلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطمع ستة مساكين أو أنسك بشاة **عن مالك عن عطاء بن عبد الله الخراساني أنه قال حدثني شيخ بسوق البرم بالكوفة عن كعب بن عجرة أنه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أنفخ تحت قدر لأصحبني وقد امتلأ رأسي ولحيتي قلا فأخذ بجبتي ثم قال أخلق هذا الشعر وصم ثلاثة أيام أو أطمع ستة مساكين وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم أنه ليس عندي ما أنسك به**

في الميسوط فحين نفخ تحت قدر أو أدخل يده في التنور فأحرق شعره لهب النار انه لاشئ عليه ووجه ذلك ما ذكرناه

(فصل) وقوله فأخذ يجهتي وقال احلق هذا الشعر يريد ما على جبهته من شعر رأسه وأخذه بذلك على سبيل التأنيس له ولعله أراد بذلك رفع الاشكال لانه لو قال له احلق شعر رأسك لجوز أن يدخل فيه غير شعر الرأس وكذلك لو قال احلق شعر رأسك لجوز أن يكون اسم الرأس مقصورا على جراحة مخصوصة أو يتعدى ذلك الى ما يدخل تحت اسم الرأس على وجه التبعية كالوجه وغيره فأزال الاشكال بأن أشار له الى ما يساح له حلقه وهو شعر رأسه

(فصل) ولم يذكر في هذا الحديث الا أنه أمره بالطعام والصيام ولم يذكر النسك قال وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم أنه ليس عندي ما أنسك به يريد انه لذلك لم يأمره بالنسك لما علم من حاله وقد تقدم من حديث عبد الكريم الجزري ومجاهد انه بص على النسك بالشاة ويحتمل أن يجمع بين الحديثين فان عبد الكريم ومجاهدا روي احكم من حلق في الجملة دون تعيين أحد وحكي عطاء بن عبد الله ما أمر به كعب بن عجرة في خاصة نفسه ويحتمل أن يكون أراد كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم انه ليس عندي ما أنسك به الا أنه ذكر لي حكم النسك ليبين بذلك حكم من هو عنده ص قال مالك في فدية الأذى ان الأمر فيه ان أحد الا يفتدى حتى يفعل ما يوجب عليه الفدية وان الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وانه يضع فديته حيث شاء النسك أو الصيام أو الصدقة بمكة أو غيرها من البلاد ش ومعنى ذلك ان الفدية انما هي عن امطة الأذى فلما لم يطمع لم تجب عليه فدية ولا وجد سبب وجوبها فلا يجزئ عنه كالا يجزئ أخرج الهدى قبل تجاوز الميقات بالاحرام ولا بالقضاء في الحج قبل الفوات ولا قبل الفساد ولا الكفارة في الصوم قبل افساده

(فصل) وقوله وان الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن يريد كفارة اليمين ففاس فدية الأذى عليها في المنع والثاني أن يريد ان فدية الأذى كفارة فلا يجوز اخراجها قبل وجوبها فنبه بذلك على أن هذا حكم جميع الكفارات وان الفدية من جملة الكفارات فلا يجوز اخراجها حتى تجب فهذا مظهر على رواية منع اخراج كفارة اليمين قبل الخنث وأما على رواية اجازة ذلك في كفارة اليمين فالفرق بينهما ان كفارة الفدية لم يوجد سببها وكفارة اليمين فوجد سببها وهو اليمين وانما جعلت الكفارة لحل اليمين كالا استثناء فوازن فدية الأذى من اليمين أن يكفر قبل يمينه فانه لا يجزئ قوله واحدا

(فصل) وقوله ويجعل فديته حيث شاء النسك أو صيام أو صدقة بمكة أو غيرها من البلاد ظاهر هذا اللفظ يقتضي أن له اخراج أي شئ من ذلك حيث شاء من البلاد فأما النسك فان الغرض فيه اراقة دمه وايصال لجه الى من يستحقه فلا تعلق له بوقت ولا مكان وانما يتعلق بالفعل خاصة فلذلك جاز أن يذبح ليلا ونهارا كشاة الزكاة لا يتعلق اخراجها بوقت ولا مكان وهذا فارق الأختية والعقيقة فانها متعلقة بوقت والهدى معلق بوقت ومكان ص قال مالك لا يصلح للحرم أن ينتف من شعره شيئا ولا يحلقه ولا يقصره حتى يحل الآن يصيبه أذى في رأسه فعليه فدية كما أمره الله تعالى ولا يصلح له أن يقلم أظفاره ولا يقتل قلة ولا يطرحها من رأسه الى الارض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحها المحرم من جلده أو من ثوبه فليطعم حنفية من طعام ش وهذا كما قال انه لا يجوز للحرم أن ينتف من شعره شيئا ولا يقصر لانه ازاله لأذى الشعر واماطه له وذلك مما يمنع منه الحرام كالخلاق وقد قال

* قال مالك في فدية الأذى ان الأمر فيه ان أحد الا يفتدى حتى يفعل ما يوجب عليه الفدية وان الكفارة انما تكون بعد وجوبها على صاحبها وانه يضع فديته حيث شاء النسك أو الصيام أو الصدقة بمكة أو غيرها من البلاد * قال مالك لا يصلح للحرم أن ينتف من شعره شيئا ولا يحلقه ولا يقصره حتى يحل الآن يصيبه أذى في رأسه فعليه فدية كما أمره الله تعالى ولا يصلح له أن يقلم أظفاره ولا يقتل قلة ولا يطرحها من رأسه الى الارض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحها المحرم من جلده أو من ثوبه فليطعم حنفية من طعام

تعالى ولا تخلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى عمله ثم قال الا ان يصيبه اذى في رأسه فعليه فدية كما أمره الله تعالى بـ يدقوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك (مسئلة) وهذه حاله في جميع الاحرام حتى يحل من عمرته أو حجه فإذا حل من عمرته أو حجه حل له الخلاق وتنف الشعر وقصه

(فصل) وقوله ولا يصلح له أن يقلم أظفاره ير يد أن تقليم الاظفار من محظورات الاحرام لانه من القاء النفس وإزالة ما جرت العادة بالتنظيف بازالته كخلق الشعر وقصه من الرأس والشارب فمن فعل شيئاً من ذلك فعليه الفدية لانه ممنوع لحرمته الاحرام بالنسك كخلق الشعر

(فصل) وقوله ولا يقتل قلة ولا يطررها من رأسه الى الارض ولا من جلده ولا من ثوبه فان طرحها فليطعم حفنة من طعام وذلك انه ممنوع من قتل شيء ومن الحيوان وممنوع من طرح القمل عن جسده لانها من دواب الجسد فلا يطررها عن شيء من جسده رأس ولا غيره ولا عن ثوب يكون على جسده مما يلبسه لان ذلك من باب قتله وقد تقدم دليلنا على الشافعي في اجازة طرحها عن جسده بما يغني عن اعادته هنا فأما من لم يكن من دواب جسده كالثمل وغيره فان له طرحه عن جسده وانما وجب عليه حفنة من طعام في قتل القملة لقلة ما طرح منها وان لم يبلغ مبلغ امطة الاذى ولو جهل فنقي رأسه أو ثوبه حتى ينتفع بذلك لكان عليه الفدية وأما اذا قتل قلة أو قلات فانه يطعم حفنة أو حفنتان من طعام وما أطعم أجزاءه ابن حبيب ووجه ذلك ان من أزال عن نفسه القمل الكثير الذي ينتفع بازالته وينتفع منه فعليه الفدية لان النبي صلى الله عليه وسلم في قصة كعب بن عجرة لما رأى عليه الهوام فقال أنؤذيك هو امك فأباح له الخلاق وأمره بالفدية لانه أزال عن نفسه أذى الهوام وأما اذا لم يزل منه الا اليسير الذي لا يستضر به لعله ولا ينتفع بازالته لكثرة ما يبقى عليه منه فليس عليه فيه الا اطعام شيء على ما ذكرناه لم يزل أذاه ص قال مالك ومن تنف شعرا من أنفه أو من ابطة أو طلى جسده بنورة أو يحلق عن شجة في رأسه لضرر روة أو يحلق فقاه لموضع المحاجم وهو محرم ناسياً أو جاهلاً أن من قتل شيئاً من ذلك فعليه الفدية وذلك كاله في ذلك ولا ينبغي له أن يحلق موضع المحاجم ش قوله ومن تنف شعرا من أنفه أو من ابطة ير يد أن يسير ذلك وكثيره اذا قصد اليه سواء تعجب بذلك كله الفدية لانه من امطة الاذى ومما جرت العادة بالتنظيف بازالته وازالة مثله وأما ما لا يقصد الى تنفه وانما يقصد الى غير ذلك مثل أن ير يد نزع غطاء يابس من أنفه فمتنقلع معه شعرات ففي المبسوط عن مالك لاشئ عليه

(فصل) وقوله أو طلى جسده بالنورة على ما ذكرناه لانه لا فرق بين ازالته الشعر عن جسده بتنفع أو خلق أو طلاء نورة أو غير ذلك اذا كان قاصداً الى ازالته ومن طلى جسده بنورة فقد قصد ازالة الشعر فكانت عليه فدية

(فصل) وقوله أو خلق مواضع يحاجه ير يد أن عليه الفدية ان خلق لها شعرا ولا فرق بين أن يفعل ذلك لضرر روة أو غيرها لان امطة الاذى لا تختلف بالضرر روة في وجوب الفدية (مسئلة) وأما الحجامه فقد قال ابن حبيب عن مالك لاشئ عليه فيها وان كان يكرها ما لم يحلق شعرا وقال سحنون لا بأس بهما ما لم يحلق شعرا لها وجه قول مالك ان المحاجم اذا كانت في موضع شعرا فانه بالحجم ينقطع كثير منه ووجه قول سحنون انه غير قاصد الى قطعه وقد أمن من قتل الهوام فلو كانت المحاجم في الرأس ولم يحلق لها شعرا فقد قال سحنون انه مخالف للمحاجمة في غير الرأس لما يخاف أن يقتل من الدواب

قال مالك ومن تنف شعرا من أنفه أو من ابطة أو طلى جسده بنورة أو يحلق عن شجة في رأسه لضرر روة أو يحلق فقاه لموضع المحاجم وهو محرم ناسياً أو جاهلاً أن من قتل شيئاً من ذلك فعليه الفدية وذلك كاله في ذلك ولا ينبغي له أن يحلق موضع المحاجم

(فصل) وقوله ان من فعل شيئاً من ذلك ناسياً أو جاهلاً فعليه الفدية على ما قدمنا من أن حكم النسيان والعمد في ما يعود إلى اماطة الأذى وإلى محظورات الاحرام كلها سواء وقد دللنا على ذلك بما يغني عن اعادته

(فصل) وقوله ولا ينبغي له أن يحلق موضع المحاجم يحتمل وجهين أحدهما أنه لا ينبغي أن يحلق ذلك للاحتجام الا للضرورة ولأن اماطة الأذى لا تفعل وأن فدى الا للضرورة والثاني أن حلق الشعر في الجملة محظور على المحرم وأن هذا من جلته فأخبر أن حكمه حكم سائر شعر الجسد والله أعلم ص **قال** مالك ومن جهل فحلق رأسه قبل أن يرمى الجرة افتدى **ش** وهذا كما قال ان من جهل فحلق رأسه قبل أن يرمى الجرة فعليه الفدية لانه حلق قبل أن يتحلل من شيء من احرامه وأول التحلل رمي جرة العقبة فإذا رماها فقد وجد منه تحلل من احرامه وإذا لم يرم لم يوجد منه تحلل فلا يجوز له الحلق وكذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رمى جرة العقبة ثم نحر هديه ثم حلق وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن اعادته

* قال مالك ومن جهل
فحلق رأسه قبل أن يرمى
الجرة افتدى

* ما يفعله من نسي
من نسكه شيئاً

* حدثني يحيى عن مالك
عن أيوب بن أبي تمجة
السختياني عن سعيد بن
جبير عن عبد الله بن عباس
قال من نسي من نسكه
شيئاً أو تركه فله برق دم أو قال
أيوب لا أدري قال ترك أو
نسي * قال مالك ما كان
من ذلك هدياً فلا يكون
الابكة وما كان من ذلك
نسكاً فهو يكون حيث
أحب صاحب النسك

* ما يفعله من نسي من نسكه شيئاً

ص **قال** مالك عن أيوب بن أبي تمجة السختياني عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عباس قال من نسي من نسكه شيئاً أو تركه فله برق دم أو قال أيوب لا أدري أو قال ترك أو نسي **ش** قوله رضي الله عنه من ترك من نسكه شيئاً أو نسكه فله برق دم ما يريد بما هو مشر وع في نسكه وذلك ان النسك على ثلاثة أصرب ضرب هو ركن من أركانه وهو الاحرام والطواف والسعي في العمرة وفي الحج الاحرام والطواف والسعي والوقوف بعرفة هذا على المشهور من المذهب وزاد عبد الملك بن الماجشون رمي جرة العقبة يوم النحر فهذا من ترك شيئاً منه لم يصح نسكه وكان عليه اتمامه ولا يجزئه عنه دم ولا غيره وضرب ثان وهو موجبات الحج وليس بركن من أركانه كالاحرام من الميقات لمن مر به مر يد النسك وطواف الودود وغير المراهق والمبيت بالمزدلفة للحاج ورمي الجمار كلها على المشهور من المذهب أو رمي الجمار في أيام التشريق على ما تقدم من مذهب ابن الماجشون والمبيت بمنى ليالي منى فهذه التي أراد عبد الله بن عباس بقوله في هذا الحديث وقد تأول مالك في ذلك وفيما يوجب الفدية من اللباس والطيب وما يجري مجرى ذلك مما سأتى بيانه ان شاء الله تعالى والضرب الثالث ليست من واجبات الحج وانما هي من أحكامه المشروعة فيه على وجه الندب والاستحباب كالخروج إلى منى يوم التروية قبل الزوال وصلاة الظهر والعصر بها وصلاة المغرب والعشاء والمبيت بها ثم صلاة الصبح بها يوم عرفة والمقام بالمزدلفة حتى يصبح وتقديم الرمي على الذبح وتقديم الذبح على الخلاف ورمي الجرتين الأوليين من أعلاهما والوقوف عندهما وما جرى مجرى ذلك فهذه كلها مشروعة الايمان بهما مندوب اليها فمن تركها أو نسها فقد ترك الأفضل وليس عليه في ذلك دم ولا غيره ص **قال** مالك ما كان من ذلك هدياً فلا يكون الابكة وما كان من ذلك نسكاً فهو يكون حيث أحب صاحب النسك **ش** قوله ما كان من ذلك هدياً يريد أن ما لم يرم شيء من ذلك من الهدى على ما تقدم تفسيره في الحديث قبل هذا فلا يكون الابكة لأن الهدايا لا تكون الابكة قال الله تعالى هدياً بالغ الكعبة فلا يجوز أن ينحر هدياً إلا بمنى أو بكعة على ما تقدم وقوله وما كان من ذلك نسكاً فهو يكون حيث أحب صاحب النسك يريد بقوله ههنا النسك فدية الأذى

لأنه الذي لصاحبه أن يذبحه حيث شاء إذا لم يثبت له حكم الهدى وقد قال تعالى فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك واسم النسك يصح أن يقع على فدية الأذى وعلى الهدى وعلى كل واحد من أعمال الحج والعمرة ويقع على جلة الحج والعمرة لكن المراد به في هذا الموضع ارافة الدم على وجه الفدية لأن كل واحد مما ذكرنا أنه يقع عليه اسم النسك اسم مختص به وإن كان اسم النسك يعم ذلك كله فإيهدي اسم يختص به وهو الهدى ولما يخرج على وجه الفدية اسم يختص به وهو الفدية ولسائر الأفعال التي ذكرناها اسم يختص بها من رمي جمار وغير ذلك أنه أراد بالنسك ههنا دم الفدية ولذلك قال إن له أن يجعله حيث شاء وهذا يدل على أنه تأول قوله من ترك من نسكه شيئاً أراد به ترك شيئاً من المناسك أو فعل شيئاً من أفعال الحج أو ترك صفة من صفات الاحرام وهي الامتناع من اللباس والطيب وغير ذلك من محظورات الاحرام التي تجب بها الفدية وكذلك معنى قوله من نسي شيئاً من نسكه فأخل بصفة من صفات احرامه والله أعلم وأحكم

﴿ جامع الفدية ﴾

ص ﴿ قال مالك فممن أراد أن يلبس شيئاً من الثياب التي لا ينبغي أن يلبسها وهو محرم أو يقصر شعره أو يمسه طيباً من غير ضرورة ليسارة مؤنة الفدية عليه قال لا ينبغي لأحد أن يفعل ذلك وإنما أرخص فيه للضرورة وعلى من فعل ذلك الفدية ﴾ ش وهذا على ما قال إن من أراد أن يأتي شيئاً من محظورات الاحرام من غير ضرورة ويفتدى واستسهل الفدية لقلتها أو لكثرة ما له فانه لا يجوز له ذلك من غير ضرورة وهو آثم حرج وإنما يجوز له ذلك بشرط الضرورة والأذى الذي ليس بمعتاد والاصل في ذلك قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فاشتراط في استباحة ذلك الضرورة والأذى ولذلك قال مالك وإنما أرخص في ذلك للضرورة وكذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب بن عجرة وقد رأى كثرة ما به من القمل وأن ذلك مما يتأذى به فساءله أيؤذيكم هو أمك فلما قال نعم قال له اخلق رأسك وأمره بالفدية فعلق اباحته ذلك بالتأذى بالهوام فلا يجوز الا على ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل علة الاباحته من الخطر والأذى والله أعلم

(فصل) وقول مالك رحمه الله وعلى من فعل ذلك الفدية الظاهر انه أراد به وإن كان الخلق واللباس والتطيب من المعاني المحظورة لغیر ضرورة فان الفدية تجب على من فعل ذلك ولا يخرج بالخطر والاثم عن وجوب الفدية وإن كان الخالف بيمين الغموس لا تجب عليه الكفارة وكذلك قاتل العمد ويحتمل أن يريد به أنه إنما أبج له فعل شيئاً من ذلك للضرورة وأوجب عليه مع ذلك الفدية ليظهر تغليظ المنع وإنما أبج له بشرط الضرورة وأوجب عليه مع ذلك الفدية فكيف بمن فعله لغیر ضرورة

ص ﴿ سئل مالك عن الفدية من الصيام أو الصدقة أو النسك أصحابه بالخيار في ذلك وما النسك وكما الطعام وبأى مدهوكم الصيام وهل يؤخر شيئاً من ذلك أم يفعله في فوره ذلك فقال مالك كل شيء في كتاب الله تعالى في الكفارات كذا أو كذا فصاحبه مخير في ذلك أي شيء أحب أن يفعل ذلك فعل ﴾ قال وأما النسك ففشاء وأما الصيام فثلاثة أيام وأما الطعام فيطعم ستة مساكين لكل مسكين مدان بالمد الاول مد النبي صلى الله عليه وسلم

بالمد الاول مد النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ ش قوله وقد سئل عن فدية الأذى أصحابها مخير بين الصوم والاطعام والدم إن كل شيء في كتاب الله تعالى في الكفارات كذا أو كذا فصاحبه مخير

﴿ جامع الفدية ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك فممن أراد أن يلبس شيئاً من الثياب التي لا ينبغي له أن يلبسها وهو محرم أو يقصر شعره أو يمسه طيباً من غير ضرورة ليسارة مؤنة الفدية عليه قال لا ينبغي لأحد أن يفعل ذلك وإنما أرخص فيه للضرورة وعلى من فعل ذلك الفدية ﴾ وسئل مالك عن الفدية من الصيام أو الصدقة أو النسك أصحابه بالخيار في ذلك وما اتنسك وكما الطعام وبأى مدهوكم الصيام وهل يؤخر شيئاً من ذلك أم يفعله في فوره ذلك قال مالك كل شيء في كتاب الله في الكفارات كذا أو كذا فصاحبه مخير في ذلك أي شيء أحب أن يفعل ذلك فعل قال وأما النسك ففشاء وأما الصيام فثلاثة أيام وأما الطعام فيطعم ستة مساكين لكل مسكين مدان بالمد الاول مد النبي صلى الله عليه وسلم

ذلك جواب السائل عن أكثر مما سأله عنه لأن السائل انما سأله عن فدية الأذى فقط فأجاب عنها وعن غيرها من الكفارات وذلك سائغ للسؤل أن يخص مسألة السائل بالجواب أو يزد عليها وذلك بقدر ما يرى من فهم السائل وحاجته إلى ذلك فإذا كان السائل من أهل الفهم وممن يحرص على العلم أجيب بأكثر مما سأل أن أمكن ذلك لأنه عون له على ما يطلبه من العلم وارشاده إلى ما لا يهتدى إلى السؤال عنه وجعل له الكثير من العلم ولعل فيه تقريرا لما يتعلق عليه الحكم الذي يسأل عنه فقد زاده علما مع جوابه عما سأل عنه

(فصل) وقوله ما في كتاب الله تعالى من الكفارات بأوانه على التخيير احتراماً لما ورد لغير التخيير في غير الكفارات من قوله تعالى ولا تطع منهم أئماً أو كفوراً فإن أوهنا ليست للتخيير وانما هي للساواة وفي قوله تعالى وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون ليست للتخيير أيضاً وانما هي للابهام وأما في الكفارات حيث وردت في القرآن فانما هي للتخيير وكذلك وردت في كفارات الإيمان وجزاء الصيد وفدية الأذى

(فصل) وقوله وأما النسك فشاؤه يداها الذي لا يجوز التقصير عنه وقد قدّمنا أنه من أخرج عنها من بهيمة الأنعام بدنة أو بقرة أجزأه وقوله وأما الصيام فثلاثة أيام وأما الاطعام فيطعم ستة مساكين مدين مدين لكل مسكين فعلى ما تقدم في حديث النبي صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله مدان بالمد الاول مد النبي صلى الله عليه وسلم فلأنه المد الشرعي ومتى أطلق المد في الشرع اقتضى ذلك مد النبي صلى الله عليه وسلم لأنه مد صاحب الشرع ومتى ثبت اثبات الشريعة وقول مالك أنه المد الاول يداها مد المدينة قبل مدهشام وهو الذي كان يجري في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ص قال مالك وسمعت بعض أهل العلم يقول إذا رمى المحرم شيئاً فأصاب شيئاً من الصيد لم يردّه فقتله أن عليه أن يفديه وكذلك الحلال يرمي في الحرم شيئاً فيصيب صيداً لم يردّه فيقتله أن عليه أن يفديه لأن العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء * ش قوله فمن أصاب صيداً لم يردّه فقتله أن عليه أن يفديه لأن العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء حكم صحيح وبه قال جمهور الفقهاء غير داود الأصماني فإنه قال لا فدية على من أصاب صيداً خطأ وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن إعادته (مسألة) وما تسبب من فعل المحرم مما لا تدعو المحرم الضرورة العامة إليه فهل فيه صيد فعليه جزاؤه مثل أن ينصب شركاً للصيد أو يحفر بئراً ليقع فيه سبع فوقع في ذلك صيد فعطب فعليه جزاء ذلك عند ابن القاسم واحتج لذلك بأنه نصب للصيد فكان ضامناً لما وقع فيه بمنزلة من حفر في منزله بئراً للسارق فوقع فيه غير السارق فإن عليه جزاءه ولو حفر للبئاء فوقع فيه صيد أو غيره لم يكن عليه شيء ولذلك قال ابن القاسم فيمن حفر محرماً بئراً للبئاء فعطب فيه الصيد أنه لا شيء عليه

(فصل) وقوله وكذلك الحلال يرمي في الحرم شيئاً فيصيب صيداً لم يردّه فيقتله أن عليه أن يفديه يريدان حكم المحرم في ذلك حكم الأحرار وإن عمده وخطأه في ذلك سواء وعلى ذلك يتفرع ما تقدمنا مما يتسبب من فعل المحرم إذا تسبب مثل ذلك من فعل الحلال في الحرم (مسألة) ومن أرسل كلبه في الخل على صيد في الخل قريباً من الحرم فقتله فقد روى ابن المواز عن أصبغ لاشئ عليه وفي المبسوط وقد قال أصحابنا عليه الجزاء فالقول الاول مبنى على أن ما قرب من الحرم ليس له حكم الحرم في المنع من الصيد الآمن جهة التفرير فإذا سلم من موافقة المحذور فهو مباح ووجه القول الثاني ما احتج به أن هذا موضع حكمه حكم الحرم لأن ما فيه يسكن بسكون ما في الحرم وينفر بحركته

* قال مالك وسمعت بعض أهل العلم يقول إذا رمى المحرم شيئاً فأصاب شيئاً من الصيد لم يردّه فقتله أن عليه أن يفديه وكذلك الحلال يرمي في الحرم شيئاً فيصيب صيداً لم يردّه فيقتله أن عليه أن يفديه لأن العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء

(مسئلة) ومن رمى من الحل صيدا في الحل قريبا من الحرم فأصابه في الحل قحامل الصيد فدخل الحرم فأت فيه فقد قال ابن المواز لا فدية عليه فان كان السهم أنفذ مقاتله أكل وان لم يكن أنفذ مقاتله لم يؤكل ووجه سقوط الفدية عنه انه قد سلم من اصابة الصيد في الحرم فان كانت ذكاته قد كملت في الحل بانفاذه مقاتله أكل وان لم يتم في الحل لم يؤكل ويجئ على قول ابن الماجشون في المبسوط لا يؤكل لان ما قرب من الحرم حكمه حكم الحرم (مسئلة) ومن رمى من الحرم صيدا في الحل فأصابه أو رمى من الحل صيدا في الحل إلا أن سهمه فأنفذ الى الحرم فقد قال ابن القاسم في المستلن لا يأكله وعليه جزاؤه وقال أشهب يأكله ولا جزاء عليه في المستلن وجه قول ابن القاسم ان هذا صيد لم يتخلص من حرمة الحرم فلم يجزأ كله فوجب به الجزاء أصل ذلك اذا كان الصيد في الحرم ووجه قول أشهب ان هذا صيد في الحل فكان اصطياؤه مباحا أصل ذلك اذا كان الصائد في الحل (مسئلة) ومن أرسل كلبه أو بازه في الحل على صيد في الحل فأتبعه فأدركه في الحرم فقتله ففي المدونة ان كان أرسله بقرب الحرم فعليه جزاؤه ولا يؤكل الصيد وان كان أرسله بعيد من الحرم بحيث لا يظن أنه يدخل الحرم فلم يدركه الا في الحرم ففي المدونة من قول مالك لا يؤكل ذلك الصيد ولا جزاء عليه ووجه ذلك انه في المسئلة الاولى غرر فعليه الجزاء وفي المسئلة الثانية لم يغرر فلا جزاء عليه وقد أصيب الصيد في المستلن في الحرم فلا يؤكل (مسئلة) ومن أرسل كلبه في الحل على صيد في الحل وأدخله الكلب الحرم ثم أخرجه فقتله في الحل فالصيد لا يؤكل على كل وجه ويعتبر في وجوب الجزاء ما تقدم من قرب الحرم وبعده قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ما تقدم (مسئلة) ومن أرسل كلبه من الحرم على صيد في الحل فقد قال ابن القاسم عليه جزاؤه ولا يؤكل وقال ابن الماجشون له أن يرسل كلبه من الحرم على صيد في الحل اذا كان الصيد بموضع بعيد من الحرم لا يسكن لسكونه لان الحرم لا يحرم الصائد وانما يحرم الصيد ووجه قول ابن القاسم أن الحرم يمنع الصائد كما يمنع الاحرام ص قال مالك في القوم يصيبون الصيد جميعا وهم محرمون أو في الحرم قال أرى أن على كل انسان منهم جزاء ان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم الصيام ومثل ذلك القوم يقتلون ارجل خطأ فتكون كفارة ذلك عتق رقبة على كل انسان منهم أو صيام شهرين متتابعين على كل انسان منهم * قال مالك ومن رمى صيدا أو صاده بعد رميه الجرة وحلاق رأسه

* قال مالك في القوم يصيبون الصيد جميعا وهم محرمون أو في الحرم قال أرى أن على كل انسان منهم جزاء ان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم الصيام ومثل ذلك القوم يقتلون ارجل خطأ فتكون كفارة ذلك عتق رقبة على كل انسان منهم أو صيام شهرين متتابعين على كل انسان منهم * قال مالك ومن رمى صيدا أو صاده بعد رميه الجرة وحلاق رأسه

(فصل) وقوله فان حكم عليهم بالهدى فعلى كل انسان منهم هدى يريد ان كان مبطل من النعم واختاروا الحكم عليهم بالمثل فعلى كل انسان منهم أن يهدى ذلك في المثل ولو اختار بعضهم الهدى وبعضهم الاطعام وبعضهم الصيام يحكم على كل انسان منهم بما اختار من ذلك بقدر ما كان يحكم عليه به لو انفر دبقته

(فصل) وقوله وان حكم عليهم بالصيام كان على كل انسان منهم صيام يريد ان اختاروا أن يحكم عليهم بالصيام فان الصيام أيضا لا يتبع في حقهم ويحكم على كل انسان من الصيام بما كان يحكم عليه به لو انفر دبقته وقد سئل واحتج له بالقوم يقتلون ارجل خطأ انه يجب على كل واحد منهم كفارة كاملة كما لو انفر دبقته ص قال مالك ومن رمى صيدا أو صاده بعد رميه الجرة وحلاق

رأسه غير أنه لم يفيض ان عليه جزاء ذلك الصيد لان الله تعالى قال واذا حلتم فاصطادوا ومن لم يفيض فقد بقي عليه مس النساء والطيب * ش وهذا كما قال ان من لم يفيض فلم يكمل تحلله بدليل انه ممنوع من النساء والطيب فلا يجوز له الاصطياد لانه انما أبيض له الاصطياد بعد التحلل قال الله تعالى واذا حلتم فاصطادوا وهذا لم يكمل تحلله بعد فان خرج الى الحل لم يجز له الاصطياد لحرمة احرامه وانما يستباح برمي جرة العقبة ما يجب به الفدية مما ليس من دواعي الاسقناع من حلق الشعر والقاء التفت واللباس الذي لا يجب به هدى وانما خص من ذلك الطيب لانه من دواعي النكاح والاسقناع وذلك ممنوع بعد في حقه ص * قال مالك ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شيء ولم يبلغنا ان أحدا حكم عليه بشئ وبئس ما صنع * ش قوله ليس على المحرم فيما قطع الى آخر الفصل ذكر فيه مسئلتين احدهما قوله ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شيء والثانية قوله وبئس ما صنع فنص على المنع من ذلك وتعلق بذلك مسألة ثالثة وهي تبين الشجر الممنوع قطعه وتمييزه من غيره فأما المسألة الاولى في انه لا يجب به شيء فهو مذهب مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يجب عليه به الجزاء ودليلنا من جهة القياس ان هذا معنى لو أتلفه المحرم في الحل لم يجب عليه جزاء فاذا أتلفه الحلال في الحرم لم يجب عليه جزاء أصله ذبح الدواب (مسألة) وأما المسألة الثانية في المنع من قطع شجر الحرم فهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يمتلي خلاها ولا يعضد شجرها (مسألة) وأما تبين ما يستباح قطعه من شجر الحرم وتمييزه مما هو ممنوع فان الممنوع منه ما هو من شجر البادية مما لا يملك غالباً وجرت العادة بأن ينبت من غير عمل آدمي كالطلح والسمر والسعدان وما جرى مجرى ذلك وكذلك سائر أنواع الحشيش الا الاذخر والأصل في ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا يمتلي خلاها ولا يعضد شجرها فقال العباس الا الاذخر يا رسول الله فانه لباعثنا وقبورنا فقال صلى الله عليه وسلم الا الاذخر * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والسناعندي مثله ولم أر فيه نصاً لاصحابنا غير ان الحاجة اليه عامة ولانه لم يزل يؤخذ وينقل الى البلاد على سبيل التساوى ولم ينكره أحد فصح انه مباح وهذا فيما ينبت بنفسه فكان على حكم أصله وأما ما غرس منه واتخذ بالعمل وملكه العامل * قال القاضي أبو الوليد فعندي انه يجوز أخذه وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يجوز ذلك ووجه اباحة ذلك عندي انه بمنزلة ما يأنس من الوحش فان الحرم لا يمنع منه (فرع) وأما ما جرت العادة بأنه يملك ويغرس ويعمل كالنخل والرمان والجوز والخوخ وما أشبهها فانه غير ممنوع قطعه وكذلك ما كان يتخذ من البقول وسواء نبت بنفسه أو بصنع آدمي لانه على أصله ويجزى ذلك مجزى الحيوان ما كان أصله التأنيس فانه لا يمنع من اصطياده في الحرم وان وحش ص * قال مالك في الذي يجهل أو ينسى صيام ثلاثة أيام في الحج أو يمرض فيها فلا يصومها حتى يقدم بلده قال ليهدان وجد هديا ولا فليصم ثلاثة أيام في أهله وسبعة بعد ذلك * ش نص مالك رحمه الله على حكم من جهل أو نسي صيام ثلاثة أيام في الحج ويحتمل قوله أوجهل وجهين أحدهما أن يكون جهل الحكم والثاني أن يكون معنى جهل فعل ما لا يجوز فيكون معنى جهل هنا تعمد فان قلنا ان معنى جهل تعمد فقد استوعب حكم العاقد والناسي وان قلنا معنى جهل لم يعلم الحكم فانه ترك ذكر العاقد وان كان حكمه حكم الناسي والمخطئ اعظما الفعله وتغليظ الحكمه والأفضل أن تجعل لفظة جهل على الوجهين لاحتمالهما

* قال مالك ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شيء ولم يبلغنا ان أحدا حكم عليه بشئ وبئس ما صنع * قال مالك في الذي يجهل أو ينسى صيام ثلاثة أيام في الحج أو يمرض فيها فلا يصومها حتى يقدم بلده قال ليهدان وجد هديا والا فليصم ثلاثة أيام في أهله وسبعة بعد ذلك غير انه لم يفيض ان عليه جزاء ذلك الصيد لأن الله تبارك وتعالى قال واذا حلتم فاصطادوا ومن لم يفيض فقد بقي عليه مس النساء والطيب

(فصل) وقوله بعد ذلك أو يمرض فيمأنص على المرض ليستوعب أقسام التاركين بذلك النسيان والعمد لغير عمد والعمد للعدر الغالب فإنه إذا قدم بلده يهدي أن وجد هدياً وإن عدمه صام على ما تقدم من أن الاعتبار بحال الأداء فإذا كان حال الأداء واجداً للهدى لم يجزه الصوم وإن كان حين الوجوب معسراً وإن كان حين الأداء عادماً للهدى أجزأه الصوم

(فصل) وقوله صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة بعد ذلك على ما تقدم من أن صيام المتمتع الذي لا يجزئ الهدى إنما توجه الأمر به إليه في الحج ثلاثة أيام وسبعة بعد الرجوع فن لم يصم حتى يقدم بلده عادما للهدى فإنه يصوم ثلاثة أيام وسبعة بعد ذلك ومعنى ذلك الفصل بين الثلاثة والسبعة والتقديم لها عليها في الرتبة وقد تقدم من قول أحد بن المعدل أن الليل فاصل فلم يبق إلا الرتبة في النية وتقدم من معنى قول أصبغ أن ذلك شرط في صحتها ومن قول مالك ما يدل على أن الترتيب قد سقط وجوبه وقوله منها وسبعة بعد ذلك يدل على أن الترتيب إما واجب وإما مستحب (مسئلة) وبقي ههنا مسئلة فإن كل ما راعى فيه الفصل بين الثلاثة والسبعة والترتيب في الوقت أو بعده فإنه يجوز صيامه في أيام التشريق عدم المتعة والقران وما لا راعى فيه الفصل أو الترتيب في الوقت إنما يجب صيام عشرة أيام أو غير ذلك من الصوم فإنه لا يصام في التشريق والعاشر عن المشى وصيام فدية الأذى فإنه لا يجوز صوم شيء من ذلك في أيام التشريق

﴿جامع الحج﴾

ص **﴿** مالك عن ابن شهاب عن عيسى بن طلحة عن عبد الله بن عمرو بن العاصي أنه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمي والناس يسألونه فجاءه رجل فقال له يا رسول الله لم أشعر فخلقت قبل أن أنحر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يا رسول الله لم أشعر فقهرت قبل أن أرمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارم ولا حرج قال فاستل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء فقدم ولا آخر الا قال افعلا ولا حرج **﴿** ش قوله وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمي يحتمل انه وقف ليعلم الناس دينهم ويحييهم عن مسائلهم فقد علم انه وقت سؤال يسئله في ذلك الوقت السائل عما فاته من حجه وعما أدرك وعما قدم وأخر ويسئله قوم عن المستقبل بمي وروى أن ذلك كان يوم النحر بمي

(فصل) وقوله فجاء رجل فقال لم أشعر فحلقت قبل أن أتمرر بتمل وجهين أحدهما أن يريد به نسيت فقد تمت الحلاق عليه وهو الأصح وكذلك رواه ابن جرير عن عيسى بن طلحة عن عبد الله بن عمر وحديثه أنه شهد النبي صلى الله عليه وسلم يخطب يوم النحر فقام إليه رجل فقال اني كنت أحسب ان كذا قبل كذا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انحرو ولا حرج يحتمل أن يريد إلتام عليكم لأن الحرج الإلتام ومعظم سؤال السائل إنما كان عن ذلك خوفاً من أن يكون قد أتم فاعلمه النبي صلى الله عليه وسلم أن لا حرج عليه إذ لم يقصد المخالفة وإنما أتى ذلك عن غير علم ولا قصد مع خفة الأمر وإنما هو ترتيب مستحب لا تبطل العبادة بخالفته ولا تؤثر فيها نقصاً

(فصل) وقوله فاسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء قدم ولا أخر الا قال افعل ولا حرج لا يقتضى اباحه ذلك لانهما سأل عن فعل ذلك جهلا وقديين الترتيب في الحج فكان ذلك هو

(جامع الحج)

* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن عيسى
ابن طلحة عن عبد الله بن
عمرو بن العاصي انه قال
وقد رسول الله صلى الله
عليه وسلم للناس بمي
والناس يستلونه فجاءه
رجل فقال له يارسول الله لم
أشعر فقلت قبل ان أنحر
فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم انحر ولا حرج يم
جاء آخر فقال يارسول
الله لم أشعر ففكرت قبل
أن أرى قال ارم ولا حرج
قال فما سئل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن
شيء قدم ولا آخر الا قال افع
ولا حرج

المشروع ولا يقتضى ذلك رفع الحرج في تقديم شيء ولا تأخير عن المسئلتين المنصوص عليهما لانتها لا ندرى عن أى شيء غيرهما سئل في ذلك اليوم وجوابه انما كان عن سؤال السائل فلا يدخل فيه غيره كما لا يدخل في قوله لنحرم ولا حرج ارم ولا حرج غير ذلك مما لم يسئل عنه ولم يجب فيه والله أعلم
ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قفل من غزو أو حج أو عمرة يكبر على كل شرف من الأرض ثلاث تكبيرات ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير آيئون ثابتون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده * ش قوله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قفل من حج أو غزو أو عمرة يريد الرجوع الى المدينة موضع استبطانه ومقامه والقول هو الاياب ولا يسمى المتوجه من بلده قافلا وانما يسمى بذلك الرجوع اليه فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رجع الى المدينة من سفر وانما كانت السفارة في أحده هذه الوجوه الثلاثة غزو أو حج أو عمرة فكان يكبر على كل شرف من الأرض تعظيما لله ومواظبة على ذكره واظهار الكلمته وانما كان يخص بذلك الشرف لان منه يرى من الأرض ما يقع عليه بصره فكان يستحب أن يفعل ذلك أول ما يرى من الأرض مما قبحه الله عليه ويستقبله بالتكبير والتعظيم ولان ما شرع فيه الاعلان من الذكر فالأحق به ما علان من الأرض كالآذان والتلبية لان في ذلك اظهار اللذ كر وفي تخصيص المطمئن به من الأرض ضرب من التستر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا اله الا الله اظهار للتوحيد واعلام به واستدامة للإيمان به وقوله له الملك وله الحمد تخصيص له بالملك والجدلان الألف واللام في كل واحد منهما ما للجنس فجعل جنس الملك وهو جميعه لله تعالى لانه لا ملك لاحد على الحقيقة الا الله وجعل جميع الحمد لله عز وجل فان أحد الايستحق الحمد على الحقيقة سواه وانما يحمد غيره لما أمر الله أن يحمد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم على كل شيء قد ير اعلام انه هو القدير على ما كان يعدهم به من نصر عبده واظهاره على الدين كله واذا كان لهم بما أخبرهم به من عظيم قدرته تعالى وانه لا يغلب من نصره ولا ينصر من حارب

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم آيئون ثابتون يريد صلى الله عليه وسلم انه ومن كان معه من الصحابة الكرام آيئون من سفرهم ثابتون لله تعالى من كل ما نهى عنه عابدون له دون من سواه ساجدون له حامدون على ما تفضل به عليهم من النصر والتأييد والحفظ في السفر والعون عليه والتوفيق للصواب في جميعه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم صدق الله وعده يريد الله أعلم انه الصادق في وعده لرسوله صلى الله عليه وسلم بنصره وتأيدته وعصيته من الناس ونصر عبده ورسوله وهزم الأحزاب وحده يريد صلى الله عليه وسلم انه تعالى المنفرد باعزاز دينه واهلاك عدوه وغلبة الأحزاب ويحتمل أن يريد به في سائر الأيام والمواطن والله أعلم ص * مالك عن ابراهيم بن عقبة عن كريب مولى عبد الله بن عباس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بأمة وهى في محفتها فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذت بضبعي صبي كان معها فقالت ألهذا حج يا رسول الله فقال نعم ولك أجر * ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بأمة وهى في محفتها ذكر ان ذلك في حجة الوداع فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كانت فحين آمن به ولم تره ولم تعرف عينه

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قفل من غزو أو حج أو عمرة يكبر على كل شرف من الأرض ثلاث تكبيرات ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير آيئون ثابتون عابدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده * وحدثنى عن مالك عن ابراهيم بن عقبة عن كريب مولى عبد الله بن عباس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بأمة وهى في محفتها فقيل لها هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذت بضبعي صبي كان معها فقالت ألهذا حج يا رسول الله قال نعم ولك أجر

فلذلك أخبرته به

(فصل) وقوله في الصبي لهذا حج سؤال عن حكم الصبي ان كان ممن تصح منه هاتمة العبادة وانما أرادت به الحج المشروع على سبيل الندب والاستعجاب ولذلك قال لها نعم ولك أجر يريد والله أعلم في عونه على ذلك (مسألة) والصبيان على ضربين ضرب يفهم ما يؤمر به وضرب يصغر عن ذلك فلا يفهم ما يؤمر به ولا ينتهي عما نهى عنه فاما الاول فروى ابن المواز وابن وهب عن مالك لا يصح يارضع وأما ابن أربع سنين وخمس فهذا انما هو على الاستعجاب وان أحرم به وألزم الاحرام لزمه وان كان صغيرا جدا لا يفهم فقد قال في المبسوط في الصبي الذي لا يتكلم من صغره لم يلزمه ولا يمكن يجرد فاذا جرد ونودي بتجريد هذه الاحرام فهو محرم ووجه ذلك عندنا ان الرضيع لا يفهم ولا يمثل بما يؤمر به ولا يزجر عما نهى عنه فكان كالمغمى عليه مع ما يلحقه من المشقة بالاحرام (مسألة) فان كان ممن يستطيع الطواف والسعي بأشرك ذلك بنفسه وان كان لا يستطيع ذلك لضعفه أو لانه لا يفهم طائف به من حج به ووجه ذلك اننا اذا جاوزنا احرامه وألزمناه إياه كان من مقتضاه الطواف والسعي وكان لا يطيق ذلك ولا بد أن يضوف به غيره وفي ذلك مسائل وذلك أن مناسك الحج أفعال وسعي فاما الأفعال فتقسم الى قسمين كما ينقسم السعي الى قسمين فاما القسم الاول من الأفعال فله تعلق بالبيت ويفتقر الى طهارة كركعتي الفجر فهذا القسم لا يدخله النيابة ولا يفعله أحد من كبير ولا صغير ولا يفعله كسائر الصلوات ولا يلزم على هذا المستأجر على الحج لاننا اذا قلنا ان الحج انما هو حج المباشرة له فاما للمستأجر عنه نفقته فان المصلي انما يركع عن نفسه فليس في ذلك نيابة عن أحد وان قلنا ان الحج عن المحجوج عنه فلا يلزمنا أيضا لان المباشرة للحج لما دخل فيه لزمه جميع أفعاله وهو المطلوب بها ولذلك يلزمه الاحرام وغير ذلك من أفعال الحج ويلزمه الامساك عن الصيد وغير ذلك من محظورات الاحرام وانما كلا منافي منسك واحد من مناسك الحج أو العمرة يفعله أحد عن أحد ألا ترى أن غير ذلك من مناسك الحج المفردة يفعلها عن غيره أو بغيره من هو محرم بالحج ولا يصح أن يحج أحد عن أحد من هو محرم عن نفسه بالحج فبان الفرق بينهما (مسألة) وأما القسم الثاني من الأفعال فلا يفتقر الى طهارة ولا تعلق بالبيت كرمي الجار فهذا تدخله النيابة للصورة إلا أنه لما كان من الأفعال لم يجز أن يفعله النائب عن نفسه وعن المستنيب فعلا واحدا ولكن يفعله عن نفسه ثم يفعله عن المستنيب ثانية والكلام فيه في فصلين أحدهما انه لا ينوب فيه فعل واحد عن عبادة رجلين والثاني انه يجب أن يتقدم فعل النائب عن نفسه قبل أن يفعله عن غيره والدليل على انه لا ينوب فعل واحد عن نسك رجلين ان النائب قد لزمه هذا الفعل عن نفسه كاملا على وجهه فلم يجز أن ينوب عن فعل غيره لانه لا يفعله حينئذ عن نفسه على ما قدر له ووجه ثان ان فعله عن نفسه فرض لانه قد لزمه باحرامه وفعله عن غيره تطوع ولا يجوز أن يكون فعل واحد يقضى به الفرض والتطوع (مسألة) وأما السعي فانه ينقسم الى قسمين القسم الاول يفتقر الى الطهارة وله تعلق بالبيت كالطواف فهذا يجوز أن يفعله الانسان عن عجزه لصغره ولا يجوز أن ينوب عنه فيه جلة لان له تعلقا بالبيت ويفتقر الى الطهارة كالصلاة وانما جاز أن يفعله به لان ذلك من باب الجل له ويجوز أن يفعله الانسان راكبا للعدو فالجل فيه من هذا الباب ولا يجوز أن يفعله عن نفسه وعن غيره في طواف واحد لتعلقه بالبيت وافتقاره الى الطهارة ولأنه قد لزمه فرضه فلا يجوز أن يؤدي بفعله واحد فرضا وتطوع به (مسألة) والقسم الثاني من السعي لا تعلق له بالبيت ولا يفتقر الى طهارة

* وحدثني عن مالك عن
ابراهيم بن أبي عبلة عن
طلحة بن عبيد الله بن كرز
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال ما روى
الشیطان يوما هو فيه
أصغر ولا أدر ولا أحقر
ولا أغبط منه في يوم عرفة
وما ذاك الا لما رأى من
تنزل الرحمة وتجاوز الله
عن الذنوب العظام الا
ما رأى يوم بدر قيل وما
رأى يوم بدر يا رسول الله
قال أما انه رأى جبريل يزعم
الملائكة * وحدثني عن
مالك عن زياد بن أبي زياد
مولي عبد الله بن عباس
ابن أبي ربيعة عن طلحة
ابن عبيد الله بن كرز أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال أفضل الدعاء دعاء
يوم عرفة فأفضل ما قلت
أنا والنبيون من قبلي لا إله
إلا الله وحده لا شريك له
* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن أنس بن
مالك أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم دخل مكة
عام الفتح وعلى رأسه المغفر
فما نزع جاءه رجل فقال
له يا رسول الله ابن خطل
متعلق باستار الكعبة فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم اقتلوه قال مالك ولم يكن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم يومئذ محمرا والله أعلم

كالسعي بين الصفا والمروة والوقوف بعرفة والمزدلفة فهذا يجوز أن يفعله عن نفسه ولغيره في مرة واحدة لأنه عمل لا يفتقر إلى الطهارة ولا يتعلق بالبيت كالجل له إلى منى وعرفة ص * مالك
عن ابراهيم بن أبي عبلة عن طلحة بن عبيد الله بن كرز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما روى
الشیطان يوما هو فيه أصغر ولا أدر ولا أحقر ولا أغبط منه في يوم عرفة وما ذاك الا لما رأى
من تنزل الرحمة وتجاوز الله عن الذنوب العظام الا ما رأى يوم بدر قيل وما رأى يوم بدر يا رسول الله
قال أما انه رأى جبريل يزعم الملائكة * ش قوله صلى الله عليه وسلم ما روى الشيطان يوما هو
فيه أصغر يحتمل أن يرى الصغار والخزي والذل ويحتمل أن يريده تضاؤله وصغر جسمه وأن
ذلك يصيبه عند نزول الملائكة واغضاب نزولها له وقوله ولا أحقر يحتمل الوجهين المتقدمين في
أصغر وقوله ولا أغبط من الغبط الذي يصيبه في يوم عرفة

(فصل) وقوله وما ذاك الا لما رأى من تنزل الرحمة وتجاوز الله عن الذنوب العظام يحتمل أن
يكون منزل الرحمة التي يراها أنه يرى الملائكة ينزلون على أهل عرفة قد عرف الشيطان أنهم
لا ينزلون الا عند الرحمة لمن ينزلون عليه ولعل الملائكة يذكرن ذلك اما على وجه الذكر بينهم أو
على وجه الاغاظة للشيطان لعنه الله ويخلق الله للشيطان ادراكا يدرك به نزولهم ويدرك به
ذكرهم لذلك ولعله يسامع منهم اخبارهم بأن الله تعالى قد تجاوز لأهل الموقف عن جميع ذنوبهم
وعما يوصف بالعظم منها ويحتمل أن ينص على ذلك ويحتمل أن يخبر به عنه بخبر يفهم منه
المعنى وان لم ينص على نفس المعصية سترامن الله تعالى على عباده المغفور لهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا ما رأى يوم بدر ذكر أنه رأى الشيطان جبريل عليه السلام
يزعم الملائكة يعني والله أعلم عنهما بما أمر أن يمنعهما منه ويقتضي ذلك أن تكون ملائكة نزلت
بالرحمة على أهل بدر مع النصر الذي نصرهم الله به على أعدائهم وكان الشيطان أدركه الصغار
والغيظ يوم بدر لما رأى من الرحمة مع النصر ويحتمل أن يكون ذلك أصابه لما رأى من النصر
وان لم يدرك معنى الرحمة التي أنزلت عليهم فأدركه الصغار والغيظ لما رأى من ظهور الايمان وغلبة
الحق ص * مالك عن زياد بن أبي زياد مولي عبد الله بن عباس المخزومي عن طلحة بن عبيد
الله بن كرز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ما قلت أنا
والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لا شريك له * ش قوله صلى الله عليه وسلم أفضل الدعاء دعاء
يوم عرفة يرى صلى الله عليه وسلم أنه أكثر ثوابا للداعي وأقرب إلى الاجابة فان الفضل للداعي انما هو
في كثرة الثواب وكثرة الاجابة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أفضل ما قلت أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لا شريك له
يرى والله أعلم أنه أكثر ثوابا من غيره من الاذكار ويحتمل أن يرى أنه أفضل مادعا اليه إلا أن
الاول أظهر لأنه أو رد ذلك في تفضيل الاذكار بعضها على بعض ويحتمل أن يخص هذا الدعاء بأنه
أفضل مادعا به هو والنبيون قبله يعني أن الانبياء صلوات الله عليهم يدعون بأفضل الدعاء ويهدون
اليه فاذا كان أفضل دعائهم فهو أفضل الدعاء ص * مالك عن ابن شهاب عن أنس بن مالك أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر فما نزع جاءه رجل فقال له
يا رسول الله ابن خطل متعلق باستار الكعبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوه قال مالك ولم
يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ محمرا والله أعلم * ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر يقتضى أحداً من إماما أن يكون غير محرم فلذلك غطي رأسه بالمغفر وهو الأظهر لأنه لم ير واحداً نهخل من احرام وقدر روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال وإنما حلت لي ساعة من نهار فعلى أن دخول مكة على غير احرام خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم ولهذا قال مالك ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ محرمًا وقد كان يحتمل أن يكون غطي رأسه لأدى اضطراره الى ذلك واقتضى لو ثبت أنه دخل مكة محرمًا ودخول مكة على ثلاثة أضراب أن يريد دخولها للنسك في حج أو عمرة فهذا لا يجوز أن يدخلها الا محرمًا فان تجاوز الميقات غير محرم ثم أحرم فعليه دم والضرب الثاني أن يدخلها غير يريد للنسك وانما يدخلها الحاجة تتكرر كالخطابين وأصحاب الفواكه فهو لا يجوز لهم دخولها غير محرمين لان الضرورة كانت تلحقهم بالا حرام متى احتاجوا الى دخولها لتكرار ذلك والضرب الثالث أن يدخلها الحاجة وهي مما لا تتكرر فهذا لا يجوز له أن يدخلها الا محرمًا لانه لا ضرر عليه في احرامه وان دخلها غير محرم فهل عليه دم أو لا الظاهر من المذهب أنه لا شيء عليه وقد أساء

(فصل) وقوله فما نزع المغفر جاءه رجل فقال يا رسول الله بن خطل متعلق بأستار الكعبة ابن خطل هو عبد الله بن خطل فيحتمل أن يكون عرفه حينئذ لما أزال المغفر عن رأسه ويحتمل أن يكون وافق نزع المغفر عجيء الرجل واخبره وكان تعلق ابن خطل بأستار الكعبة استجارة بها فانه كان ممن يؤذى النبي صلى الله عليه وسلم وأن النبي صلى الله عليه وسلم آمن كل من ألقى السلاح ودخل دار أبي سفيان الا عبد الله بن خطل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم افتلوه دليل على أنه لم تنفعه استجارته بالبيت والحرم لما أوجب الله تعالى عليه من سفك دمه وهكذا كل من وجب عليه سفك دمه لقصاص أو غيره يقتل في الحرم وسأى ذكره في كتاب الجنائيات ان شاء الله تعالى ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة حتى اذا كان بقديد جاءه خبر من المدينة فرجع فدخل بغير احرام * وحدثني مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك * ش قوله أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة يحتمل أنه كان يريد المدينة لأن قديد اماما بين مكة والمدينة فورد عليه بقديد خبر من المدينة وذلك الخبر الذي ورد عليه يقتضى أن يكون اقتضى رجوعه الى مكة لا متناع وصوله الى المدينة ويحتمل أن يكون اقتضى رجوعه الى مكة ليخرج الى المدينة على غير الصفة التي كان خرج عليها أو ليستصحب مالم يكن استصعبه أو ليقدّم مالم يكن يقدمه (فصل) وقوله فدخل مكة بغير احرام قد تقدم ذكر الدخول الى مكة بغير احرام ابتداء وما يلزم فيه من الاحرام وما يجوز منه بغير احرام والكلام ههنا في الرجوع الى مكة لحاجة تنسها ولقصّة ذكرها وهو لا يريد نسكًا ولا مقامها واما ما يريد أن خنمانسيه ثم يخرج عنها فان هذا عندى مشل من طاف طواف الوداع ثم رجع ص * مالك عن محمد بن عمرو بن حنبل عن الديلي عن محمد بن عمران الأنصاري عن أبيه أنه قال عدل الى عبد الله بن عمر وأنا نازل تحت سرحة بطريق مكة فقال ما أنزلت تحت هذه السرحة فقلت أردت ظله فقال هل غير ذلك فقلت لا ما أنزلت الا ذلك فقال عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنت بين الأخشبين من منى ونفع يده نحو المشرق فان هناك واديا يقال له السرر به شجرة سر تحتها سبعون نيا

* وحدثني عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر أقبل من مكة حتى اذا كان بقديد جاءه خبر من المدينة فرجع فدخل مكة بغير احرام * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب بمثل ذلك * وحدثني عن محمد بن عمرو بن حنبل عن الديلي عن محمد بن عمران الأنصاري عن أبيه أنه قال عدل الى عبد الله بن عمر وأنا نازل تحت سرحة بطريق مكة فقال ما أنزلت تحت هذه السرحة فقلت أردت ظله فقال هل غير ذلك فقلت لا ما أنزلت الا ذلك فقال عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كنت بين الأخشبين من منى ونفع يده نحو المشرق فان هناك واديا يقال له السرر به شجرة سر تحتها سبعون نيا

العلم ولعل ابن عمر قد قصد مع ذلك التبرك بالوصول إليها ذكرا لله عندها لما كان عنده من علم
 فضلها ان كانت السرحة معينة عنده أو لظنه انها تلك لعدم مثلها في تلك الجهة أو لعله رجاء أن
 يكون عند عمران الانصارى علم بعينها والله أعلم
 (فصل) وقوله ما أنزلت تحت هذه السرحة اختبار الماعند عمران الانصارى في ذلك فلما قال
 أردت ظلها استغفمهم ان كان افتقر بن ذلك غرض آخر من تبرك بها أو معرفة شئ مما يرجى عندها
 فانه يجتمع فيها الأمران لمن قصد ذلك ونواه
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اذا كنت بين الأخشبين من منى الأخشبان الجبلان وهذا يدل
 على أن طريق عمران الى مكة أو من مكة كان على منى امالانه كان واردا من اليمن أو السراة أو لانه
 جعل طريقه من المدينة على تلك الجهة
 (فصل) وقوله ونفح بيده يريد أشار ولعله راد البعد عن الموضع الذي كان به حين أشار
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فان هناك وادي يقال له السرر به سرحة سر تحتها سبعون نبيا
 يحتمل أن يكون الوادي يسمى السرر بذلك وانما علم بذلك صلى الله عليه وسلم فيما ظهر الى
 والله أعلم لفضل الذكرك عندها لمن مر بها ورجاء اجابة الدعاء ونزول الرحمة عندها ص * مالك
 عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن ابن أبي مليكة أن عمر بن الخطاب مر بامرأة مجذومة وهي
 تطوف بالبيت فقال لها يا أمة الله لا تؤذي الناس لو جلست في بيتك فجلست فمر بها رجل بعد ذلك
 فقال لها ان الذي كان هناك قد مات فخرجي فقالت ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتا * ش قوله
 للمرأة المجذومة الطائفة بالبيت يا أمة الله لا تؤذي الناس على سبيل ازرق بها في الأمر بالمعروف والنهي
 عن المنكر عرض عليها بارفق ما أو أرفق بها فأطاعته ووقها ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتا
 تريد أنها انما أطاعته لانه أمرها بالحق وذلك يوجب عليها امتثال ما أمر به في كل وقت في حياته وبعد
 موته ص * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول ما بين اركان والباب الملتزم * ش قوله
 ما بين الركن يريد الركن الأسوي وفيه الحجر وبين الباب يريد باب البيت الملتزم ومعنى ذلك التزام
 البيت والتعود به وموضع الدماء والوقوف ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن
 حبان أنه سمعه يذكر أن رجلا مر على أبي ذر بار بذة وان أبذر سأل أنه يريد فقال أردت الحج
 فقال هل نزعك غيره فقال لا قال فانتف العمل قال الرجل فخرجت فقدمت مكة فكثت ماشاء الله
 ثم اذا أنا بالناس منقصفين على رجل فضاغطت عليه الناس فاذا أنا بالشيخ الذي وجدت بار بذة يعني
 أبذر قال فلما رأيته عرفني فقال هو الذي حدثتك * ش قوله ان رجلا مر على أبي ذر بار بذة
 لانه كان نزلها من عثمان رضي الله عنه فقال أبوذر للرجل أين تريد فقال أردت الحج فقال له
 أبوذر هل نزعك غيره أي هل حلك على سفرك هذا غيره من قصد حاجة أو تجارة أو نكاح أو غير ذلك
 من الأغراض فقال له الرجل لا قال فانتف العمل ولذلك لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
 من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته أمه يريد والله أعلم انه لا ذنب له لان ما أتى به
 من العمل قد كفر سائر ذنوبه فصار كيوم ولدته أمه لا ذنب له والله أعلم
 (فصل) وقوله فكثت ماشاء الله يستعمل ذلك في المدة الطويلة قال ثم اذا أنا بالناس منقصفين
 على رجل يريد متزا حين عليه يقصف بعضهم بعضا من شدة تراحمهم فضاغطت عليه يريد انه ضايق
 الناس حتى وصل الى النظر اليه فاذا أنا بالشيخ الذي وجدته بار بذة يريد أبذر اذا قال له انتف العمل

* وحدثني عن مالك عن
 عبد الله بن أبي بكر بن
 حزم عن ابن أبي مليكة أن
 عمر بن الخطاب مر بامرأة
 مجذومة وهي تطوف
 بالبيت فقال لها يا أمة الله
 لا تؤذي الناس لو جلست
 في بيتك فجلست فمر بها
 رجل بعد ذلك فقال
 لها ان الذي كان قد مر الك
 قد مات فخرجي فقالت
 ما كنت لأطيعه حيا
 وأعصيه ميتا * وحدثني
 عن مالك أنه بلغه ان عبد
 الله بن عباس كان يقول
 ما بين الركن والباب الملتزم
 * وحدثني عن مالك عن
 يحيى بن سعيد عن محمد بن
 يحيى بن حبان انه سمعه
 يذكر أن رجلا مر على
 أبي ذر بار بذة وأن أبذر
 سأل أنه يريد فقال أردت
 الحج فقال هل نزعك غيره
 فقال لا قال فانتف العمل
 قال الرجل فخرجت حتى
 قدمت مكة فكثت ماشاء
 الله ثم اذا بالناس منقصفين
 على رجل فضاغطت عليه
 فاذا أنا بالشيخ الذي
 وجدت بار بذة يعني أبا
 ذر قال فلما رأيته عرفني
 فقال هو الذي حدثتك

فما رآه أبو ذر عرفه ويقتضى ذلك أنه ذكر ما كان أخبره به من أنه يأتف العمل من خرج إلى الحج لا يخرج غيره

(فصل) وقول أبي ذر هو الذي حدثك تذكره بما جرى وثبات على قوله وتحقيق الأمر عنده وتغيبط له بتكرره على ذلك الحج أن كان ذلك بمكة ص * مالك أنه سأل ابن شهاب عن الاستثناء في الحج فقال أو يصنع ذلك أحد وأنكر ذلك * ش قوله الاستثناء في الحج يريد أن يشترط أن يتحلل حيث أصابه مانع وذلك غير جائز عند مالك وأكثر العلماء ص * سئل مالك هل يحتس الرجل لدابته من الحرم شيئاً فقال لا * ش وهذا كما قال أن لا يحتس أحد في الحرم لدابته ولا غير ذلك إلا الأذخر الذي أباحه النبي صلى الله عليه وسلم والاحتشاش جمع الحشيش والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في مكة لا يعرض شجرها ولا يمتلي خلاها والخلي ما يبس من النبت والحشيش فقال العباس إلا الأذخر يارسول الله فإنه لصاغتنا وقبورنا فقال إلا الأذخر وقد قيس عليه السنة للحاجة العامة إليه كالأذخر (مسئلة) ومن احتس في الحرم فلا جزاء عليه وقال الشافعي عليه القيمة وقد تقدم ذكره ولا بأس أن يرعى الأبل في الحرم والفرق بينه وبين الاحتشاش أن الاحتشاش تناول قطع الحشيش وارسال البهائم للرعى ليس بتناول لذلك وهذا لا يمكن الاحتراز منه ولو منع منه لامتنع السفر في الحرم والمقام فيه لتعذر الامتناع منه والتعزروا والله أعلم وأحكم

* حج المرأة بغير ذي محرم *

ص * قال مالك في الصرورة من النساء التي لم تحج قط انها ان لم يكن لها ذو محرم يخرج معها أو كان لها فلم يستطع أن يخرج معها انها لا تترك فريضة الله عليها في الحج ولتخرج في جاعة النساء * ش وهذا كما قال أن المرأة لا يسقط عنها فرض الحج الذي فرض عليها إذا اجتمعت شروط الوجوب والاداء بعدم ذي محرم يخرج معها وإذا وجدت جاعة نساء يخرجن خرجت معهن ولزمها ذلك وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تخرج إلا مع ذي محرم إلا أن يكون بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام ليلا ليلا والدليل على ما نقوله قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا وهذا عام في التي تجب إذا حرم وفي التي تعد فيه حمل على عمومها إلا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس أن هذه مسافة يجب قطعها فلم يكن من شرط وجوب قطعها وجود ذي رحم كمالو كان بينها وبين مكة ليلتان (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن هذا حكم حجة الفريضة وأما حجة التطوع منه فروى ابن حبيب لا تخرج فيه إلا مع ذي محرم خلاف حجة الفريضة ووجه رواية ابن حبيب حديث أبي سعيد الخدري لا يجعل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم منها وهذا سفر غير واجب فلم تخرج إليه إلا مع ذي محرم أصل ذلك سائر الاسفار التي لا تجب ولا تؤمن (مسئلة) إذا ثبت ذلك فقد ذكره مالك أن يخرج بها ابن زوجها وإن كان ذا محرم منها * قال الإمام أبو الوليد ووجه ذلك عندى ما ثبت للربائب من العداوات وقلة المراعاة في الأغلب فلا يحصل لها منه الا شفاق والستر والحرص على طيب الذكركر (مسئلة) ولعل هذا الذي ذكره بعض أصحابنا إنما هو في حال الانفراد والعدد اليسير فأما القوافل العظيمة والطرق المشتركة العاصرة المأمونة فاتها عندى مثل البلاد التي يكون فيها الاسواق والتجار فإن الامن يحصل لها دون ذي محرم ولا امرأة وقد روى هذا عن الاوزاعي

* وحدثنى عن مالك أنه سأل ابن شهاب عن الاستثناء في الحج فقال أو يصنع ذلك أحد وأنكر ذلك * سئل مالك هل يحتس الرجل لدابته من الحرم فقال لا

* حج المرأة بغير ذي محرم * قال مالك في الصرورة من النساء التي لم تحج قط انها ان لم يكن لها ذو محرم يخرج معها أو كان لها فلم يستطع أن يخرج معها انها لا تترك فريضة الله عليها في الحج وتخرج في جاعة النساء

إذا ثبت ذلك في هذا ثلاثة أبواب * أحدها في بيان ما يجوز للمرأة أن تخرج فيه بغير إذن زوجها ولا يجوز له أن يحلها * والثاني في بيان ما لا يجوز لها أن تخرج إلا بإذن زوجها ويكون له أن يحلها * والباب الثالث فيما يلزمها إذا حلها

﴿ صيام المتمتع ﴾

ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها كانت تقول الصيام لمن تمتع بالعمرة إلى الحج لمن لم يجدها ما بين أن يهل بالحج إلى يوم عرفة فان لم يصم أيام منى * مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول في ذلك مثل قول عائشة رضي الله تعالى عنها * ش * قوله رضي الله تعالى عنها الصيام لمن تمتع بالعمرة إلى الحج لمن يجدها ما بين أن يهل بالحج إلى يوم عرفة تريد والله أعلم أنه إذا أهل بالحج فقد لزمه الهدى فان عدمه جازله الصيام وأما قبل أن يهل بالحج ولم يجب عليه هدى فلا يجوز له أن يصوم قبل أن يجب عليه كالأبجوز له أن ينحر هدى المتمتع حينئذ

(فصل) وقوله رضي الله تعالى عنه فان لم يصم إلى يوم عرفة صام أيام منى وهي أيام التشريق الثلاثة التي تلي يوم النحر وهذا اللفظ يقتضي صحة الصوم من وقت يحرم بالحج المتمتع إلى يوم عرفة وان ذلك مبدأ أمالانه وقت الاداء وما بعد ذلك من أيام منى وقت القضاء وأمالان في تقديم الصيام قبل النحر ابراء للتمتع وذلك ما موربه وأمالان صم ما قبل يوم النحر مباح لمن يريد الصوم وصيام أيام منى بمنوع فانما يباح الصوم فيها للضرورة من لم يصم قبل ذلك ليكون صومه في حجه أمثالا لقوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج وما بعد أيام منى فليس محلا لهذا الصوم على وجه الاداء لان ما بعد أيام منى لا يكون الصوم فيها في الحج * وقد قال أصحاب الشافعي ان صيام أيام منى انما هو على وجه القضاء والاطهر من المذهب انه على وجه الاداء وان كان الصوم قبلها أفضل كوقت الصلاة الذي فيه سعة للاداء وان كان أوله أفضل من آخره والله أعلم (فرع) وقد تقدم انه لا يصوم اليومين الأولين من أيام التشريق الا المتمتع الذي لا يجدها هدى للضرورة أن يقع صومه في الحج وأمالا اليوم الثالث فانه يصومه من نذره والفرق بينهما ان اليوم الثالث لا يتحقق بالحج لانه قد يترك الحاج المقام فيه بمنى ويترك الرمي والمبيت وأمالا اليومان الأولان فتحققان بالحج لا يجوز لمن حج أن يترك لهما المبيت ولأن يترك الرمي والقيام فيهما بمنى فلذلك افترق حكمهما والله أعلم * ثم كتاب الحج بحمد الله وعونه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الضحايا ﴾

﴿ ما ينهي عنه من الضحايا ﴾

﴿ مالك عن عمرو بن الحارث عن عبيد بن فيروز عن البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربعا وكان البراء بن عازب يشير بيده ويقول يدي أقصر من يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين ظلعها والعوراء البين عورها والمرضة البين مرضها والعجفاء التي لاتنقى ﴾ ش قوله سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا يتقى من

﴿ صيام المتمتع ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن ابن شهاب عن عروة

ابن الزبير عن عائشة أم

المؤمنين انها كانت تقول

الصيام لمن تمتع بالعمرة

إلى الحج لمن لم يجد هديا

ما بين أن يهل بالحج إلى

يوم عرفة فان لم يصم صام

أيام منى * وحدثني عن

مالك عن ابن شهاب عن

سالم بن عبد الله عن عبد

الله بن عمر أنه كان يقول

في ذلك مثل قول عائشة

رضي الله تعالى عنها

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الضحايا ﴾

﴿ ما ينهي عنه من الضحايا ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن

عمرو بن الحارث عن عبيد

ابن فيروز عن البراء بن

عازب أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم سئل ماذا

يتقى من الضحايا فأشار

بيده وقال أربعا وكان

البراء يشير بيده ويقول

يدي أقصر من يدي رسول

الله صلى الله عليه وسلم

العرجاء البين ظلعها

والعوراء البين عورها

والمرضة البين مرضها

والعجفاء التي لاتنقى

الضحيا دليل على ان للضحيا عنده صفات يتقى بعضها ولا يتقى بعضها ولولم يعلم انه يتقى منها شيء لسأله هل يتقى من الضحايا شيء أم لا والذي يتقى من الضحايا على ضربين ضرب يتعلق به عدم الاجزاء وضرب يتعلق به الكراهة وقد ذكر صلى الله عليه وسلم صفات جامعة للمعانى التي تتقى من جهة النص ومن جهة السنة وجمع ذلك في أربع صفات ليسهل على السائل حفظ جواب ما سأل عنه وأشار بيده ليكون في ذلك تذكرة له ومنع من النسيان

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين ظلمها دليل على أن العرج على ضربين ضرب يمنع الاجزاء وضرب لا يمنعه فأما ما يمنع الاجزاء فقد قال الشيخ أبو القاسم في تعريفه العرجاء البين ظلمها هي الشديدة العرج التي لا تلحق الغنم فهذه التي لا تجزى * وقال أبو حنيفة تجزى * ودليلنا على ذلك الحديث المتقدم قوله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها ولا شك أن العرجاء تمشى وأما التي لا تمشى فلا يقال فيها عرجاء لان العرج من صفات المشى ومن جهة القياس انها مريضة فوجب أن لا تجزى * أصله المريضة البين مرضها وأما العرج الذي لا يمنع الاجزاء فهو العرج الخفيف روى ابن حبيب عن مالك انه استخفها اذا لم يمنعها أن تسير سير الغنم وذلك صحيح لان عرج هذه ليس بين وإنما يكون حينئذ عرجا خفيفا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والعوراء البين عورها يريد والله أعلم التي ذهب بصر إحدى عينيها يقال عارت العين تعار وعورت اذا ذهب بصرها ويقال عين عوراء ولا يقال عمياء والشاة اذا عورت إحدى عينيها مع بقائها لا ينقص ذلك من لحمها وإنما نقص بعض خلقها عن حل السلامة والتمام بمعنى طارئ عليها في الغالب لا يعود ذلك بمنفعة في لحمها فينبغي أن يتقى في الضحايا ما كان بمنعنى ذلك ونقصان الخلقة على ثلاثة اضرب وضرب ينقص منافعها وجسمها فاذا لم يعد بمنفعة في لحمها منع الاجزاء كعدم يد أو رجل وضرب ينقص المنافع دون الجسم كذهاب بصر العين أو العينين أو ذهاب الميزفا كان له تأثير بين كالعور والعمى والجنون فهو يمنع الاجزاء ولم أجده نصا لصحابنا في الجنون وأما الضرب الثالث فهو نقصان الجسم دون المنافع كذهاب القرن والصوف وطرف الأذن والذنب فما كان من باب المرض أو مما يشوه الخلقة أو ينقص جزأ من لحمها وجب أن يمنع الاجزاء (فرع) واذا كان بعين الأخرى بياض فلو كان على الناظر وكان يسيرا لا يمنعها أن تبصر أو كان على غير الناظر لم يمنع الاجزاء رواه ابن المواز في كتابه عن مالك وأما ان منعها الرؤية لكونه كثيرا على الناظر فهي العوراء وكذلك عندى لو ذهب أكثر بصر عينا (فرع) وروى ابن المواز في كتابه ان الجدع يمنع وأما العصب في الأذن والأذنين فان استوعب الأذن فانه يمنع الاجزاء وأما الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدبرة والشرقاء هي المشقوقة الأذن والخرقاء هي التي يخرق أذن السمنة والمقابلة هي التي يقطع طرف أذن المدبرة هي التي يقطع من مؤخر أذن القاضى أبو الحسن وهذه الصفات كلها عندى لا تمنع الاجزاء وإنما تمنع الاستحباب وهذا قد قاله على الاطلاق غير ان المذهب مبنى على ان الكثير من القطع يمنع الاجزاء واليسير لا يمنعه وأما شق الأذن ففي المبسوط أن مالكاً كان يوسع في اليسير منه كالسمة ونحوها * قال القاضى أبو الوليد والذي عندى ان الشق لا يمنع الاجزاء الا أن يبلغ من الأذن المبلغ الذى يشوه الخلقة والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك انه لم يجد حدا بين القليل والكثير قال محمد في كتابه والنصف عندى كثير والأصل في ذلك ان طريقه الاجتهاد وقال أبو حنيفة في الأذن والذنب والإلية في أحد قوليه

أن الثالث عنده كثير وهو نحو مما أورده ابن حبيب والقول الثاني أن الثالث عنده في حيز القليل وهو نحو قول ابن المواز في الأذن إلا أنه سوى بين الذنب والأذن والالية * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر في ذلك عندي مذهب أصحابنا وهو الصحيح أن شاء الله أن ذهاب ثلث الأذن في حيز اليسير وذهاب ثلث الذنب في حيز الكثير لأن الذنب ذو لحم وعظم وعصب والأذن ليس فيه غير طرف جلد لا يكاد يتألم بقطعه ولا يستضر به لكنه ينقص الجمال كثيره والله أعلم (مسئلة) وأما السكاء في المدونة أنها الصغيرة الأذنين قال ابن القاسم وهي الصمماء فهي تجزئ عند مالك وأما التي خلقت بغير أذنين فلا خلاف في ذلك وقال الشيخ أبو القاسم لا يضحى بالسكاء وهي التي خلقت بغير أذنين * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والذي عندي في ذلك أنه إن كان الأذن من الصغر بحيث تقع الخلقة معه ويقع به التشويه فإنه يمنع الاجزاء (مسئلة) وأما الثراء قال ابن حبيب وهي التي سقطت أسنانها من كبر أو كسر فلا تجزئ وفي الموازنة أن سقطت أسنانها من انفار أو هرم أو حفيت فلا بأس بها وإن كان من غير ذلك فلا يضحى بها قال في المبسوط لأنه نقص من خلقها قال القاضي أبو اسحق ذهب إلى أن الفتيحة إنما سقطت أسنانها من داء نزل بها فصار عيبا بها والهرمة سقطت أسنانها من كبر وهو أمر معتاد ووجه قول ابن حبيب أن الهرم معنى يضعف الحيوان فإذا أسقط الأسنان منع الأخرية كالمرض (فرع) فإذا قلنا أن ذهاب الأسنان يمنع الأخرية ففي كتاب محمد لا يمنع ذلك ذهاب السن الواحدة وفي المبسوط إذا سقط لها سن أو أسنان فهو عيب ولا يضحى بها فإنه نقصان من خلقها

* وحدثني عن مالك عن
نافع أن عبد الله بن عمر
كان يتقي من الضحايا
والبدن التي لم تسن والتي
نقص من خلقها قال مالك
وهذا أحب ما سمعت إلى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والمریضة البین مرضها قال أبو الحسن ذلك لمعان أحدها أن المرض نهك بدنها فينقص لحمها والثاني أنه يفسده حتى تعافى النفس والثالث أنه ينقص ثمنها وهذه المعاني على ما ذكر فيجب أن يكون كل غرض يحدث ذلك في النفس يمنع أن يضحى بها والخمرة وهي البشمة لا تجزئ وكذلك الجرباء فابلق من ذلك كله حد المرض البين وجب أن يمنع الاجزاء (مسئلة) قال مالك ولا يجوز الدبر من الأبل قال ابن القاسم ومعنى قوله في الدبرة الكبيرة فأرى المجروح بتلك المنزلة أن كان جرحا كبيرا * قال القاضي أبو الوليد ووجه ذلك عندي أنه من المرض الذي يمنع الاجزاء كالمكسورة القرن ندى وإذا كان الجرح صغيرا لا يضر بالأخرية أو بالهدى فليس من باب المرض فلم يمنع ذلك الاجزاء

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والعجفاء التي لا تنقي النقي الشحم يريد أنه لا يوجد فيها شحم فإذا بلغت ذنبا الحد من الهزال فإنها لا تجزئ لأنها خارجة عن الحد المعتاد لأنه لا منفعة في لحمها ولا طيب كالمریضة ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يتقي من الضحايا والبدن التي لم تسن والتي نقص من خلقها قال مالك وذلك أحب ما سمعت إلى * ش قوله كان يتقي من البدن والضحايا البدن ما أهدي من الأبل ذكرنا كان أو أنثى وقد تقدم الكلام في معناها في الحج واتفقوا فيها ما لم تسن يريد ما لم تبلغ سن الاجزاء وهذا لفظ يستعمل غالبا في الهرم وما قار به فيقال أسن فلان إذا بلغ سن الشيخ ولم يرد ذلك ههنا لأنه لا خلاف أن الثنية من كل نوع من أنواع الضحايا تجزئ وإن كانت لم تبلغ حد تمام السن وانما هو أول الانثاء ويحتمل أن يريد بذلك التي لم تبلغ أو تكون مسنة من البقر وأكثر ما يعتبر ذلك بالسنين وإن جاز أن يتقدم يسيرا أو يتأخر يسيرا على حسب اختلاف الخلقة ولكن المعتاد متقارب فالجندع من الضأن قد اختلف الفقهاء فيه فقال ابن حبيب الجندع بن

الصأن والمناعر ابن سنة وقاله ابن نافع وأشهب وعلى هذا أكثر الناس وقاله أبو عبيد قال في المنز
والصأن هو في السنة الثانية جذع وروى ابن وهب أنه ابن عشرة أشهر وروى سحنون عن
علي بن زياد هو ما استكمل ستة أشهر وقاله ابن شعبان قال وقيل ثمانية أشهر وأما الثاني فقال
ابن حبيب هو ابن سنتين دخل في الثالثة والأثني ثنية وأما الأول فقال ابن حبيب الجذع من الأبل
ابن خمس سنين والثاني ابن ست سنين وقال أبو عبيد إذا أتت عليه الخامسة فهو جذع فإذا ألقى
ثنيته في السادسة فهو ثني وأما البقر فقد قال ابن حبيب الجذع من البقر ابن ثلاث سنين والثني ابن
أربع سنين وقال أبو عبيد هو أول سنة تبيع والأثني تبعة ثم جذع ثم ثني وقال القاضي أبو محمد
الثني من البقر ماله سنتان وقد دخل في الثالثة وهو أشبه بقول أبي عبيد والله أعلم

﴿ انتهى عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار أن أبا بردة بن نيار ذبح ضحيته قبل أن يذبح
رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الأضحية فزعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يعيد
بضحية أخرى فقال أبو بردة لا أجد إلا جذعا يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وان
لم تجد إلا جذعا فاذبح ﴾ ش قوله أن أبا بردة ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم الأضحية فزعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يعيد يقتضي أن يكون ذبحه الذي يجز به
بعد ذبح الامام ويلزم مع ذلك أن يلزم وقت ذبح الامام ليترب على ذلك ذبح الناس فأما وقت ذبح
الامام فهو بعد السلام من صلاة العيد يوم الأضحية فن ذبح قبل الصلاة لم يجزه وبذلك أبو حنيفة
وقال الشافعي إذا ذهب من الوقت بمقدار ما يصلي ركعتين بقراءتهما وقامهما للعيد فقد جاز الذبح فن
ذبح حينئذ قبل الصلاة أجزاء والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري من حديث البراء بن عازب
سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يخطب فقال أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي ثم نرجع فنصرف فن
فعل هذا فقد أصاب سنتنا ومن نحر قبل ذلك فاعلموا لم يقدمه لأنه ليس من النسك في شيء فقال
أبو بردة ذبحت يارسول الله قبل أن أصلي وعندي جذعة خير من مسنة فقال اجعلها مكانها ولن
تجزى أو توفي عن أحد بعدك وهذا بين في موضع الخلاف ووجه ذلك من جهة المعنى اننا قد بينا
انه لا يذبح الا بعد أن يذهب من الوقت بقدر فعل الصلاة فوجب أن يعتبر بفعل الصلاة لا بمقدار فعلها
أصل ذلك السعي لما رتبناه على ركعتي الطواف كان الاعتبار في ذلك بفعل ركعتي الطواف
لا بمقدار فعلها من الوقت (مسئلة) اذا ثبت ان الذبح بعد الصلاة فان الامام يذبح أولا ثم يذبح الناس
بعده فن ذبح قبل الامام لم يجزه رواه ابن المواز وغيره وقال أبو حنيفة من ذبح بعد الصلاة وقبل
الامام أجزاء ودليلنا الحديث المذكور وهو ان أبا بردة بن نيار ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله
صلى الله عليه وسلم فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيد بأضحية أخرى ودليلنا ما أخرجه مسلم
من حديث جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم يوم التمر بالمدينة فسبقهم رجال
فصر واوطنوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نحر فأمر النبي صلى الله عليه وسلم من كان نحر قبله أن
يعيد بنحر آخر ولا ينحر حتى ينحر النبي صلى الله عليه وسلم (فرع) المضحون على ضربين أحدهما
بمحضرة الامام والآخر بغير حضرته فأما من كان بمحضرة الامام فلا يحلوا ما منه من أن يظهر نحر
أضحيته أو لا يظهر ذلك فان أظهر ذبح أضحيته باثر الصلاة فن ذبح قبله فالمشهور عن مالك انه لا يجزئه

﴿ انتهى عن ذبح الضحية
قبل انصراف الامام ﴾
• حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
بشير بن يسار أن أبا بردة
ابن نيار ذبح ضحيته قبل
أن يذبح رسول الله صلى
الله عليه وسلم يوم الأضحية
فزعم أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أمره أن
يعود بضحية أخرى قال
أبو بردة لا أجد إلا جذعا
يارسول الله قال وان
لم تجد إلا جذعا فاذبح

وأما من لم يظهر ذبح أضحيته ففي كتاب محمد بن ذريح رجل أضحيته قبله في وقت لو ذبح الإمام بالمصلي
 لكان هذا قد ذبح بعده لم يجزه وقال أبو مصعب إذا ترك الإمام الذبح بالمصلي فن ذبح بعد ذلك فهو
 جائز وأما من كان بموضع ليس به إمام مثل أهل القرى الذين لا يصلون صلاة عيد بخطبة فقد
 روى ابن القاسم عن مالك بن النضر عن صلاة أقرب الأئمة إليهم وذبحه فن تحرى ذلك فأخطأ فذبح قبل
 ذبحه ففي المسونة من قول ابن القاسم يجزيه ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك وأكره
 ذلك ابن المواز في كتابه فقال قدر روى أشهب عن مالك خلافة ونقله أبو محمد في نوادره فقال وقد
 روى أشهب عن مالك لا يجزيهم وهو أحب إلينا وقد قيل إن رواية أشهب عن مالك إنما هي فيمن
 ذبح على علم أنه قد ذبح الإمام ورواية ابن القاسم فيمن تحرى أن يذبح بعده فأخطأ فذبح قبله والله أعلم
 وجه قول ابن القاسم أن فرضهم الاجتهاد والتحري في أمر غائب عنهم لا يمكنهم تيقنه فكان الخطأ
 موضوعاً عنهم كالخطأ في القبلة عند الاشتباه في إعلانها وجه قول أشهب أنهم غير معذورين
 لأنهم قادرون على التأخير الذي لو أخر الإمام إليه لجاز لأهل بلده الذبح قبله وما كان مثل هذا
 لا ينسوخ فيه التحري كالوقت في الصيام والصلاة

(فصل) وقول أبي بردة لا أجد إلا جذاً عادليلاً على أنه قد علم أن الجذع يتعلق به حكم المنع إلا لأن غيره
 يجزي دونته ولأن غيره أفضل منه وقد روى في حديث البراء بن عازب أنه قال أنها كانت جذعة من
 المعز وللإنسان تعلق بالأجزاء وتأثير فيه لأنه لا خلاف أنه لا تجوز السبلة ولا الفصيل والذي يجزي
 عن الإنسان في الضحايا من الضأن الجذع فما فوقه ومن المعز والابل والبقر الثني فما فوقه والدليل
 على أجزاء الجذع من الضأن ما أخرجه مسلم من حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا
 تذبحوا إلا المسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن والدليل على أن الجذع من المعز
 لا يجزي ما روى في حديث البراء أن أبا بردة بن نيار قال إن عندي عناق جذعة وهي خير من
 شاة لحم فهل تجزي عني قال نعم ولن تجزي عن أحد بعدك فان قيل فما الفرق بين الضأن وغيرها
 قيل له الفرق بينهما نص صاحب الشريعة ولا فرق أصح منه ووجه آخر وهو أنه قد روى ابن
 الأعرابي أنه قال إن المعز والبقر والابل لا تضرب فحولتها إلا بعد أن تنثني والضأن تضرب
 فحولتها إذا اجنعت (فرع) إذا ثبت ذلك فالثني من الضأن أحب إلى مالك من الجذع ورواه ابن
 المواز عن مالك ووجه ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تذبحوا إلا المسنة إلا أن
 يعسر عليكم فاذبحوا جذعة من الضأن ومن جهة المعنى أن في ذلك خروجاً عن الخلاف المروى وفي
 الثني أيضاً من تمام الجسم وكاله ما يفضل به الجذع والله أعلم ص مالك عن يحيى بن سعيد عن
 عباد بن ثميم أن عويمراً بن أشعر ذبح ضحيته قبل أن يغدو يوم الأضحية وأنه ذكر ذلك رسول الله صلى
 الله عليه وسلم وأمره أن يعيد بضحية أخرى ش قوله إن عويمراً ذبح قبل أن يغدو يوم الأضحية
 يريد قبل أن تغدو إلى المقلي لأنه هو الغدو المعتاد في يوم الأضحية فاستغنى بذلك عن ذكره ولو أراد
 غيره من الغدولينه ويعقل أن يريد به قبل أن يحدث غدواً وهو يعد في وقت يمكنه الغدو
 قلباً أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ولعله أخبره لما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم في الذبح قبل
 الصلاة ما تقدم فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعيد بضحية أخرى بمعنى أن الأولى لم تكن ضحية
 مجزئة

* وحديثي عن مالك
 عن يحيى بن سعيد عن عباد
 ابن ثميم أن عويمراً بن
 أشعر ذبح ضحيته قبل أن
 يغدو يوم الأضحية وأنه
 ذكر ذلك رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فأمره
 أن يعيد بضحية أخرى

﴿ ما يستحب من الضحايا ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر ضحى مرة بالمدينة قال نافع فأمرني أن أشتري له كبشاً فحبلأأقرن ثم أذبحه يوم الاضحى في مصلى الناس قال نافع ففعلت ثم حل إلى عبد الله بن عمر فحلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضاً لم يشهد العيد مع الناس قال نافع وكان عبد الله بن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى وقد فعله ابن عمر ﴿ ش قوله انه ضحى مرة بالمدينة يريد أن هذا الفعل وقع منه بالمدينة لأن كثيراً مما حكاه لا يتأتى في غير الامصار من الذبح بالمصلى وغير ذلك والافتد كان يضحي بالمدينة وفي أسفاره وقد روى عنه أنه اشترى في سفره شاة من راع وأمره بذبحها عنه وقد روى ابن المواز عن مالك أن الاضحية لازمة للمسافر كلز ومها للمقيم

(فصل) وقوله فأمرني أن أشتري له كبشاً شراء الضحايا مما يجب أن يتوفى فيه لأنها قربان فمن كان في بلد أسواق لها فلا يشتري منها مما يجلب إلى الأسواق حتى يرد السوق لأن ذلك من التلقي المنهى عنه فيجب أن يذبحه عنه ما يتقرب به إلى الله عز وجل من أضحية وهدي (فزع) فان ضحى بما اشترى في التلقي قال عيسى عليه البدل في أيام النحر ولا يباع لحم الأولى ووجه ذلك أن أضحية قد وجبت على الوجه المنهى عنه فلم تجزئه أو لم تتم فضيلتها الفساد ملكها فكان عليه بدلهما ليدرك الاضحية أو ليدرك تمام فضيلتها ولم يجز له بيع لحما لأنه قد قصد بذبحها القرية

(فصل) وقوله فأمرني أن أشتري له كبشاً فحبلأأقرن فيه خمس مسائل احداها أن الاضحية لا تكون من غير بهيمة الانعام والثانية أن الضأن أفضل أجناس الضحايا والثالثة أن ذكرها أفضل من أنثاها والرابعة أن الفحل منها أفضل من الخصى والخامسة أن الاقرن أفضل من الاجم فأما المسئلة الاولى في أن الاضحية لا تكون الا من بهيمة الانعام والغنم والبقر والابل ولو ضربت فحول البقر الانسية انثا البقر الوحشية فقد قال الشيخ أبو اسحق اتفق أصحابنا أنه لا يضحي بها واختلفوا اذا ضربت فحول الوحشية انثا الانسية والذي أقول به اجازة ذلك ومعنى ذلك أن كل ولد نتج لامه في الجنس والحكم وانما يختلف ذلك في ولد آدم وانما منع من ذلك بالمنع من أصحابنا اذا كانت الفحول وحشية ليغلب الحظر على الاباحة (مسئلة) فأما المسئلة الثانية من أن أفضل الاضاحي الضأن فهو مذهب مالك رحمه الله وسائر أصحابنا أن الضأن أفضل من المعز واختلفوا في التفضيل بين البقر والابل فروى الشيخ أبو اسحق أن الافضل الابل وحكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد في معونته أن البقر أفضل وقال أبو حنيفة والشافعي الابل أفضل ثم البقر ثم الغنم والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك من تفضيل الضأن ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يضحي بكبشين أقرنين أو ملحجين ومثل هذا اللفظ لا يستعمل الا فيما يواظب عليه ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يواظب في خاصته الا على الافضل ومن جهة المعنى أنه لا خلاف أنه لا يضحي بجذع الا من الضأن وذلك يقتضي أن لها منزلة على غيرها في الاضحية (مسئلة) وأما المسئلة الثالثة وهي أن ذكر كل جنس أفضل من أنثاه فهو مذهب مالك وأصحابه والاصل في ذلك الحديث المتقدم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يضحي بكبشين ومن جهة المعنى أن المقصود من الاضحية طيب اللحم ولا خلاف أن لحم الكبش أفضل من لحم النعجة فكان انجازه أفضل وانما ذلك في ذكر الجنس وانثاه وأما الذكور والاناث فان انثا الضأن أفضل من ذكرها والمعز وانثا

﴿ ما يستحب من الضحايا ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر ضحى مرة بالمدينة ﴾ قال نافع فأمرني أن أشتري له كبشاً فحبلأأقرن ثم أذبحه يوم الاضحى في مصلى الناس قال نافع ففعلت ثم حل إلى عبد الله بن عمر فحلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضاً لم يشهد العيد مع الناس قال نافع وكان عبد الله بن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى وقد فعله ابن عمر

المعز أفضل من ذكور ما سوى ذلك من أجناس الاضاحى (مسئلة) وأما المسئلة الرابعة فان
الفحل من الضحايا أفضل من الخصى قاله ابن حبيب والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه
وسلم ضحى بكبش أقرن فحيل (مسئلة) وأما المسئلة الخامسة في ان الأقرن أفضل من الاجم
والأصل في ذلك الحديث المتقدم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن فحيل ومن جهة
المعنى انه أتم خلقه

(فصل) وقوله ثم اذبحه يوم الأضحية في مصلى الناس أمر نافع لمولاه بذبح أضحيته على وجه الاستنابة
وذلك جائز للضرورة وقد كرهه مالك من غير ضرورة والاصل في جواز القياس على الهدايا
لانه حيوان شرع ذبحه على سبيل القرابة فصحت الاستنابة فيه كالهدايا وانما استنابه عبد الله بن
عمر كرضه والأفضل لمن قدر عليه أن يتولى ذبحها بنفسه لما روى عن أنس ان النبي صلى الله عليه
وسلم ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده (فرع) فاذا قلنا يجوز فيه الاستنابة فان استناب
مسلماً أجزأه وان استناب كتابياً فهل يجزئه أم لا قال ابن القاسم في المدونة يعيدها ولو أمر بذلك
مسلماً أجزأه وروى عنه أشهب انه قال يجزئه وجه قول ابن القاسم ان الكافر لا تصح منه نية
القرابة وان صحت منه نية الاستنابة والأضحية قرابة فاذا ذبحها الكتابي لم تكن أضحية وكانت ذبيحة
مباحة وجه قول أشهب ان صح ذبحه لغير الأضحية صح ذبحه للأضحية كالسليم (فرع) والاستنابة
فيها بالتصريح أو العادة فبان بأمر بذبحها عنه أضحية فينوى النائب في ذلك من الأضحية كان
ينويه المضى لو باشر ذبحها وأما العادة ففي المدونة عن ابن القاسم فمن ذبح أضحية بغير اذنى ان
كان مثل الولي في عياله قد ذبحها ليكفيه أجزأه وان كان على غير ذلك لم يجزه زاد ابن المواز عن ابن
القاسم أو بعض من في عياله ممن يحمل ذلك عنه زاد أبو زيد وأبو بصير بينهما ان وثق به حتى
يصدق انه ذبحها عنه فيحتمل أن يريداً ابن القاسم بقوله ولده في عياله ومول ابن المواز عنه أو بعض
عياله ممن يحمل ذلك عنه من يدخله رب الدار في أضحيته ويكون معنى قوله ممن يحمل ذلك عنه
ويحتمل أن يريده الولد الذي قد فوض اليه القيام فأمره في جميع أحواله ويكون ذلك معنى قول
ابن القاسم في المدونة الولد في عياله فيذبحها ليكفيه وأما ما رواه أبو زيد عن ابن القاسم من قوله
أو صديقه ان وثق به حتى يصدق انه ذبحها عنه فيحتمل أن يريده صديقه الذي يقوم بأمره وقد
فوض اليه في جميع أموره حتى يصدق انه لم يذبحها عن نفسه وانما ذبحها عن غيره فلهذين القولين
وجه على ما تقدم وان كان أراد به انه غير المفوض اليه وانما ذبحها عنه بمجرد الصداقة فالظاهر من
المذهب أنه لا يجزئه لانه متعدد لو شاء أن يضمه ضمنه إلا أن يكون هذراً واية في التعدد بذبحها عن
صاحبها ان لم يرد صاحبها تضمينه تجزئه فله وجه على ضعفه وقد قال أشهب في الموازية لا تجزئه
وان كان ممن في عياله وهو ضامن يريده والله أعلم اذا كان غيراً مأموراً به ولا قائم بجميع أموره في ذلك
وغيره (فرع) ومن ذبح أضحية صاحب غلطا لم يجز المذبح عنه وان فعل كل واحد منهما بأضحية
صاحبه ضمنها قاله مالك في المدونة وجه ذلك ان كل واحد منهما متعد على أضحية الآخر فآزمه
ضمنها لان الخطأ والعمد في المال سواء واذا ضمنها الذابح لم تجز المتعدى لانها تكون لمن ضمنها ان
ضمنها وان لم يضمه اياها ورضي بها مذبوحاً لم تجز أيضاً لانه قد كان ثبت ملكها لما كان له من
تضمن المتعدى عليها وانما عادت الى حالها من الملك الصحيح التام ليرى التضمن وذلك بعد الذبح
ولو كان هدياً وقد روى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في الموازية تجزئ من قلده لانه من نحره

وروى أشهب عن مالك لا تجزئها وجه رواية ابن القاسم انه قد وجب بالتقليد فلا يحتاج في ذبحه الى نية تختص بمن قلده يدل على ذلك انه لو ضل الهدى فوجده رجل فقصره عن قلده لاجزأ وان لم يتعين له صاحبه ولو فعل ذلك في الاضحية لم تجزئ صاحبها ووجه رواية أشهب ان الهدى وان كان قد وجب بالتقليد فان الفساد وعدم الاجزاء يتعلق به بدليل انه لو مات لم يجزه فكذلك اذا ذبح ذبحاً يمنع الاجزاء وهو ان يذبح عن غير من قلده (فرع) وهل يجزئ في الاضحية الذابح لا يخلو ان يكون صاحبها رضياً أو لم يرضها فان رضيا لم يضمن الذابح قيمتها فلا خلاف انها لا تجزئ الذابح لانها باقية على ملك صاحبها وان ضمنه اياها في الموازية من رواية ابن القاسم عن مالك لا تجزئ واحد منهما وقال أشهب تجزئ الذابح كالأضحية بعد الذبح وكذلك أمة أو ولد هارجل ثم جاء بها فأخذ قيمتها فانها بذلك أم ولد وقال ابن حبيب ان عرف ذلك بعد فوات اللحم أجزأت عن ذابحها غلطا وأدى القيمة وان لم يفت اللحم فربها مخير فان أخذ اللحم فله بيعه وان أخذ قيمة الشاة لم تجز عن ذابحها ولا له بيع لحمها ووجه ذلك أنه اذا عرف ذلك بعد فوات اللحم فقد عين ملكه للشاة ولا خيار لصاحبها فيها فلذلك أجزأته وان عرف ذلك قبل فوات اللحم فربها مخير في أخذها أو أخذ قيمتها وهذا ينافي ملك الذابح لها ويمنع اجزاءها عنه

(فصل) وانما أمر ابن عمر نافعاً ببيع أضحيته يوم الاضحية لأنه الأفضل وانما أمر بأن يذبحها في مصلى ثمنس لان الاضحية من القرب العامة المسنونة فالأفضل اظهارها لان في ذلك احياء سنتها وقد قال ابن حبيب في كتابه يستحب الاعلان بالاضحية لكي تعرف ويعرف الجاهل سنتها وما يلزمه منها وكان ابن عمر اذا ابتاع أضحيته يأمر غلامه بحملها في السوق ويقول هذه أضحية ابن عمر اذ ان يعلن بها

(فصل) وقول نافع ففعلتها يعني اشترى له الكبش على الصفة التي أمر به بها ثم ذبحه يوم الاضحية بالمصلى وليس شراء الاضحية ليضحي بها موجبا لكونها أضحية ولا يتعين ذلك فيها على سبيل الوجوب وانما يتعين على سبيل الوجوب بابتداء الذبح قال القاضي أبو اسحق وقبل فرى الاوداج لانه قد وجد منه النية والفعل وقد قال القاضي أبو اسحق وجماعة من شيوخنا تعين بالنية والقول باللسان وتجب بذلك كما تجب بالذبح فيكون ذلك فيها كالاشعار والتقليد في الهدى

(فصل) وقوله ثم حل الى عبد الله بن عمر فخلق رأسه حين ذبح الكبش وكان مريضاً لم يشهد العيد يريد ان الكبش حل الى عبد الله بن عمر فخلق عبد الله رأسه حين ذبح الكبش ولعله كان امتنع من خلق رأسه وشئ من شعره من أول العشر حين أراد أن يضحي على وجه الاستعجاب وان لم يرد ذلك وان جاع على ما ذكر في آخر الحديث وقد روى الشيخ أبو بكر والقاضي أبو الحسن انه يستحب لمن أراد أن يضحي اذا رأى هلال ذي الحجة أن لا يقص من شعره ولا يقلم أظفاره حتى يضحي قال ولا يحرم ذلك عليه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس في ذلك استعجاب وقال أحمد واسحق يعمر عليه الخلق وتقليم الأظفار والدليل على استعجاب ذلك ما رواه أبو عبد الرحمن حدثنا سليمان بن مسلم البلخي ثقة وسليمان بن مسلم الحضاري ليس بثقة حمصي أخبرنا البصري أخبرنا شعبة عن مالك عن ابن مسلم عن سعيد بن المسيب عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من رأى هلال ذي الحجة فأراد أن يضحي فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره حتى يضحي قال أبو عبد الرحمن عمر بن مسلم بن عمار ابن أكمة قد اختلف في اسمه فقيل عمرو وقيل عمر وهو مدني فوجه الدليل منه ان هذا نهى

والنهي اذ لم يقتض التحريم حل على الكراهية ودليلنا على نفي الوجوب حديث عائشة المتقدم في كتاب الحج انا فتلت فلانتهدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي ثم بعث به مع أبي فلم يحرم على رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء أحله الله له حتى نحر الهدى ولا خلاف أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحك في ذلك العام

(فصل) وقوله وكان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما يشهد العبد مع الناس يقتضي أن مرضه منعه صلاة العبد مع الناس والبر وزهوا ولم يمنعه مما شرع من ذبح الضحية واطهارها وقد تقدم ذكره ولم يمنعه مرضه من انفاذ الضحية في ماله وهي قرية كالصدقة والعقول ما كان ماله يتسع لذلك وذلك أن حكم الأخية قبل ذبحها حكم ماله تورث عنه قاله مالك في المختصر والموازية وقال عيسى عن ابن القاسم في العتبية ولغرمائه أخذها ان لحقه دين (فرع) اذا ثبت أن حكمها حكم ماله تورث عنه وتباع لغرمائه فقد قال ابن القاسم يستحب لورثته ذبحها وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب لا يضحى بها عنه وهي ميراث وجه قول ابن القاسم انه مال أخرجه على وجه القرية فاستحب لورثته انفاذ ذلك كما استحب له اخراجها بعينها وكره له بدلها ووجه قول أشهب انه لم يوجبها ولم يأمر باخراجها عنه وإنما أعد لها لوجوبها في وقت وهو لم يأمر في كسائر ماله (فرع) ولومات عن هديه بعد أن قلده في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم للغرماء يبيع كلهم بيع ما عتق ورد عتقه * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندى حكم الأخية بعد الايجاب بالقول على مذهبه من رأى ذلك من أصحابنا (مسئلة) ولومات بعد ذبح أخيته فقد قال مالك في المختصر هي لورثته ولا تباع في دينه ورواه في العتبية عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك انها فاتت بالذبح وصارت في حكم المستهلك كالأول (فرع) والفروق بين ذبحها وتقليد الهدى ان التقليد لا يضمن له الهدى والذبح تضمن به الأخية فكان ذلك فوتا فيها (فرع) فاذا قلنا ان الأخية تورث عنه بعد الذبح فان لورثته كلها وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك ينهوا عن بيع لحما ولا خلاف بين أصحابنا نعمه في المنع من البيع لانه انما انتقل اليهم ملكا على حسب ما كان للمضحي وأما قسمتها فقد أجاز ذلك مالك من رواية مطرف وابن الماجشون عنه وابن القاسم من رواية عيسى عنه ومنعه منه في كتاب محمد فقال لانه يصير بيعا فيجوز له أن يكون سبب الخلاف في ذلك اختلاف قول مالك وأصحابه في القسمة هل هي تمييز حق أو بيع ويحتمل أن يراد أنها اذا وقعت القسمة على وجه كانت بيعا فلم تجز في الأخية واذا وقعت على وجه كانت تمييزا فجاز ذلك فيها (مسئلة) وهذا حكم من انتقل اليه حكم الأخية بالميراث فأما من انتقل اليه هبة أو صدقة فقد روى ابن حبيب في كتاب الحدود عن أصبغ للعطى بيع ذلك ان شاء وحكى ابن المواز عن مالك ليس له يبعه وجه القول الأول ان نهاية القرية في الأخية الصدقة بها اذا بلغت محلها كان لمن صارت اليه التصرف فيها بالبيع وغيره كالزكاة ووجه القول الثاني أن ايجاب النسك على وجه الأخية يمنع البيع كالأول انتقل اليه بالميراث وأما ما أخرج في الزكاة فقد كان له التصرف فيه بالبيع وغيره الى أن ينتقل عن ملكه بالاخراج فلذلك كان لمن انتقل اليه التصرف فيه بمنزلة ذلك (مسئلة) وهذا مبنى على أن المضحي ليس له يبيع أخيته ولا يبيع شيئا منها كالهدي والاصل فيه ما روى مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يقوم على بدنه وأن يقسم بدنها كلها لحومها وجلودها وجلالها في المساكين ولا يعط في جزارتها منها شيئا زاد عبد الكريم عن مجاهد نحن نعطي من عندنا قال

مالك ولا يباع جلد أخيه بجلده ولا غيره (فرع) فان باع من أخيه شيئاً فقد قال ابن حبيب من باع جلد أخيه جهلاً فلا ينتفع بالثمن وعليه أن يتصدق به وروى عن سحنون أن من باع جلد أخيه أو شيئاً من لحمها أن أدرك فسخ والاحتمال ثمن الجلد في ماعون أو طعام ويجعل ثمن اللحم في طعام يأكله وقال محمد بن عبد الحكم من باع جلد أخيه فليصنع بثمنه ما شاء من أسماك أو غيره وهذا الاختلاف إنما هو في حكم ثمن المبيع بعد فواته وأما بيعه ففق على منعه فباع ابن حبيب الانتفاع بالثمن وجوز سحنون قصره بثمنه فيما ينتفع به دون ما يقول ويصرف في التجارات التي تختص بالائتمان وأما قول ابن عبد الحكم فيحتمل أن يذهب إلى قول أبي حنيفة في تجوز بيع جلد الأخية بما سوى الدراهم مما يعان وينتفع به ولا يظهر أنه منع البيع غير أنه كان هذا حكم الثمن عنده إذا فات البيع والله أعلم (مسألة) وللرجل أن يواجر جلد الأخية وجلد الميتة قال الشيخ أبو محمد يريد بعد الدباغ ووجه ذلك أن ما منع بيعه لم يمنع إجارته لمنفعة المباحة بجلد الميتة فإنه منع بيعه ولم يمنع إجارته لمنفعة المباحة (مسألة) ومن تلفه شيء عند صانع يلزمه ضمانه أو غاصب أو متعدي فقد قال ابن القاسم من سرقت رأس أخيه في القرن استعجب أن لا يغرمه شيئاً وكأنه رأيها قال ابن الماجشون وأصبع له أخذ القيمة ويصنع بها ما شاء وكذلك قيمة الجلد يضيع أو يستهلك الأثرى أن من خلق ثوبه فغصبه غاصب أن له أخذ قيمته وله أن يأخذ من اللحم المستهلك ما شاء من طعام أو حيوان ولا يجوز ذلك في البيع فوجه قول ابن القاسم أن أخذ القيمة نوع من المعاوضة وهي ممنوعة في الأخية (مسألة) وأما صوف الأخية فإن جرفه ذبحها فقد روى محمد عن أشهب أن له أن يجزها قبل الذبح وروى ابن القاسم عن مالك في الموازية والعتيبة لا تجز وجه قول مالك أن تعينها للذبح فله أن يأخذ شيء منها كاللحم ووجه قول أشهب أنه معنى تجوز أن لا تنزع منها قبل الذبح دون مضرة فجاز له أخذ ذلك منها قبل إيجابها (فرع) إذا ثبت ذلك فإن جزها فقد قال ابن القاسم قد أساء وتجزه أخيه وينتفع بالصوف ولا يبيعه وقال سحنون لا يرى بيعه بأساً أو يأكل ثمنه وقال أشهب له يبيعه ويصنع بثمنه ما شاء لأنها لم تجب قبل الذبح فيحتمل قول ابن القاسم وجهين أحدهما أنه ممنوع من جزه حتى يتقرب بذبحها على الهيئة التي عيناها فإن أقدم على ذلك فلا يبيعه لأن حكم المنع متعلق ببيعه كسائر أجزائها والوجه الثاني أنه سبحانه له جزه وإن كان متعلق به حكم الأخية إلا أن جزه في حكم تفريق أبعاضها من غير ضرورة فلا يتعلق به منع كالولادة ولما لم يكن للذكاة تأثير في الصوف جاز التفريق لانه لا يباع كالألبان الولد ووجه قول سحنون أن الصوف لما كان لا يؤكل جاز بيعه وأكل ثمنه لانه بذلك يتوصل إلى أكل أجزاء الأخية لانه المقصود منها (فرع) فأما بعد الذبح فله جز صوفه (مسألة) وإذا نجت الأخية فقد روى محمد عن أشهب لا يجوز ذبح ولدها وقال مالك أن ذبحه مع أمه ففسن وجه القول الأول أن سن الأخية معتبر وهو معدوم في السخلة ووجه القول الثاني أنه تبع لأمه فلا يعتبر إلا بصفتها دون صفته كالصوف واللبن (مسألة) وأما لبن الأخية فقد قال مالك له شرب لبن الأخية ولا يجوز له شرب لبن الهدى ولا ما فضل عن فصليها ووجه ذلك أن الأخية لم تجب بعد الولادة وقد وجبت بالتقليد مع بقاء حياتها

(فصل) وقول نافع وكان عبد الله بن عمر يقول ليس حلاق الرأس بواجب على من خشي وقد فعله ابن عمر يريد أنه ليس بواجب على من خشي أن يحلق رأسه وقد فعله عبد الله بن عمر ولعل عبد الله بن

﴿ ادخار لحوم الاضاحي ﴾ * حدثني

(٩٣)

يحي عن مالك عن أبي الزبير المكي عن جابر بن

عبد الله أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم نهى

عن أكل لحوم الضحايا

بعد ثلاث ثم قال بعد

كلوا وتصدقوا وتزودوا

وادخروا * وحدثني عن

مالك عن عبد الله بن أبي

بكر عن عبد الله بن واقد

انه قال نهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن

أكل لحوم الضحايا بعد

ثلاث قال عبد الله بن أبي

بكر قد كرت ذلك لعمره

بنت عبد الرحمن فقالت

صدق سمعت عائشة زوج

النبي صلى الله عليه وسلم

تقول دفن ناس من أهل

البادية حضرة الأحمي

في زمان رسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم

ادخروا ثلاثا وتصدقوا

بما بقى قالت فلما كان

بعد ذلك قيل لرسول الله

صلى الله عليه وسلم لقد

كان الناس ينتفعون

بضحاياهم ويحملون

منها الودك ويتخذون منها

الاسقية فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم وما ذلك

أو كما قال قالوا نهيت عن

لحوم الضحايا بعد ثلاث

فقال رسول الله صلى الله

عليه وسلم انما نهيتكم من

أجل الدافة التي دفن عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا يعني بالدافة قوماسا كين قدموا المدينة

عمر قد فعله لحاجته اليه أو فعله استعجابا

﴿ ادخار لحوم الاضاحي ﴾

ص * مالك عن أبي الزبير المكي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال بعد كلوا وتصدقوا وتزودوا وادخروا * ش قوله أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث يريد أنه نهى أن يأكل منها ذابحها والمضحي
بها بعد ثلاثة أيام وهي أيام الذبح لأنه لما أباح الذبح في الثلاثة الأيام أباح الأكل فيها من الأضحية وقصر
إباحة الأكل عليها ليتمكن المضحي بأن يؤخر الذبح إلى آخرها ولا يتعذر عليه الأكل منها ويحتمل
أن يريد إباحة الأكل بعد ثلاثة أيام من وقت ذبح أضحيته وإن ضحى في آخر أيام الذبح فأبيح له الأكل
منها ثلاثة أيام ليكون ذلك مقدار ما يأكل فيه منها لأن في منعه منها بعد اليوم والمدة اليسيرة تنضيقا
عليه وفي أكله منها ثلاثة أيام منتفع وسعة ونهى عن أكلها بعد والنهي يقتضي التحريم ثم نسخ ذلك
بإباحة أكله وتزوده وادخاره بعد ثلاثة أيام وهذا من نسخ السنة بالسنة ص * مالك عن عبد الله
ابن أبي بكر عن عبد الله بن واقد أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الضحايا
بعد ثلاث قال عبد الله بن أبي بكر قد كرت ذلك لعمره بنت عبد الرحمن فقالت صدق سمعت عائشة
زوج النبي صلى الله عليه وسلم تقول دفن ناس من أهل البادية حضرة الأحمي في زمن رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادخروا ثلاثا وتصدقوا بما بقى قالت فلما
كان بعد ذلك قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويحملون منها
الودك ويتخذون منها الاسقية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذلك أو كما قال قالوا نهيت عن
لحوم الضحايا بعد ثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما نهيتكم من أجل الدافة التي دفن
عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا يعني بالدافة قوماسا كين قدموا المدينة * ش قوله نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث ظاهره التحريم وقد يصح حمله على
لكراهية بدليل أن وجد وقد اختلف الناس في تأويله فتأوله قوم على التحريم وإن النسخ
بإباحته طرأ بعد ذلك وحمله قوم على الكراهية ويحتمل أن تكون الكراهية منسوخة ويحتمل
أن تكون باقية ويحتمل أن يكون حكم المنع ثبت لعله وارتفع لعدمها فيكون ذلك المنع وإن ورد
بلفظ العموم محمول على الخصوص بدليل فأما من ذهب إلى القول الأول فتعلق بأنه صلى الله عليه
وسلم نهى عن أكل لحوم الاضاحي بعد ثلاث قال بعد ذلك كلوا وتزودوا وادخروا وإذا وردت
الإباحة بعد الحظر فهو حقيقة النسخ وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت الضحية كنا
نصلح منه فنقدم به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة فقال لا تأكلوا منه الاثلاثة أيام وليست
بعزيمة ولكن أراد أن يطعم منه والله أعلم وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ما يدل على
استدانة حكم المنع وروى أبو عبيد قال شهدت العيد مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فصلى قبل
الخطبة ثم خطب الناس فقال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تأكلوا لحوم نسككم فوق
ثلاث قد كرت ذلك في خطبته للناس يوم الأحمي ليعملوا به وهذا يدل على أنه غير منسوخ عنه
وقد روى عن عبد الله بن عمر معنى ذلك في الامتناع ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم انما منع
أجل الدافة التي دفن عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا يعني بالدافة قوماسا كين قدموا المدينة

لأجل الدافعة التي دفعت وأن علة الحاجة أوجبت ذلك وأن الحاجة لو نزلت اليوم لقوم من أهل المسكنة للزم الناس مواساتهم إلا أن الظاهر ما قدمناه أولاً أنه حكم منسوخ وإن كان لأجل الدافعة خاصة وما خيف عليه من الهلاك بالمجاعة لما اختص ذلك بلحوم الاضاحى بل كان يلزم الناس مواساتهم بها وبغيرها

(فصل) وقول عائشة رضي الله عنها دف ناس من أهل البادية روى ابن سعد عن أبيه في شرح الموطأ أنه سأل عبد الله بن وهب عن تفسير ذلك فقال الدافعة القوم القادمون عليهم فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يدخروا لحوم الاضاحى فيمنعوها الذين قدموا فانهم ان لم يدخروا وسعوا بذلك على اخوانهم القادمين قال محمد بن سعد بن سحر والدافعة المجاعة تسير سيرا ليس بالشديد يقال هم يدفون دفيفا

(فصل) وقوله اذخر وا ثلاث وتصدقوا بما بقى يقتضى أن يمسك منه يوم الاضحية ما يكفي لثلاث ثم يتصدق بما بقى بعد ذلك وهو الذي يقع به الانتفاع للدافعة في يوم الاضحية وفيما بعده

(فصل) وقوله ان الناس كانوا ينتفعون بضحاياهم ويحملون منها الودك ويتخذون منها الاسقية ان كان يريد انهم امتنعوا من اتخاذ الاسقية من جلودها لأجل المنع المتقدم فقد يجب أن يكون المنع بأعم من هذا اللفظ المتقدم لان المنع انما تناول كل اللحم وقدر وى لفظ يتناول جميع الاضحية وهو مار وى سامة بن الاكوع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصح بعد ثلثه وفي بيته شيء منه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما هيتمكم لأجل الدافعة التي دفعت عليكم فكلوا وتصدقوا واذخر واللفظة كلوا قد روى ما يقتضى أن معناها الاباحة روى ابن المواز عن مالك لأبى على الرجل ان لم يأكل من بدنته وروى عنه في النوادر أنه قال وان تصدق بلحم أضحيته كله فهو أعظم لاجره وروى ما يدل أن هذه اللفظة للنسب والاستحباب وذلك أن ابن حبيب روى عن مالك لو أراد رجل أن يتصدق بلحم أضحيته كله لاستغناؤه عنه ولا يأكل منه شيئا كان مخطئا وجهر واية ابن المواز أنه حيوان يخرج على وجه القرية فلم يؤمر بالاكل منه أصل ذلك ما ندره أو تصدق به ووجهر واية ابن حبيب أنه حيوان يذبح على وجه القرية المشروعة فكان الاكل منه مشروعا مندوبا اليه كالهدي وقد حكى القاضي أبو محمد عن بعض الناس أنه قال الاكل منها واجب وهو قول شاذ بعيد

(فصل) وأما قوله فتصدقوا فعلى الاستحباب دون الوجوب قاله القاضي أبو محمد لانه لا خلاف اليوم بين الفقهاء في ذلك والاصل فيه قوله في الحديث وتصدقوا والامر يقتضى الوجوب أو النسب فاذا دل الاجماع على انتفاء الوجوب حمل على النسب وقدر وى عن مالك ولو أن رجلا تصدق بأضحيته كلها لاستغناؤه عنها ولم يأكل منها شيئا لكان مخطئا كالأكل ولم يطعم منها وقال ابن المواز يستحب له أن يتصدق ببعض لحم أضحيته ولو لم يتصدق بشيء منه ما جازله (فرع) اذا ثبت أن الاطعام من الاضحية مشروع فقد روى ابن حبيب لم يجد ما يطعم منها ولا مائا كل وما فعل مما قل من ذلك أو كثر فهو يجزى زاد الشيخ أبو القاسم والاختيار أن يأكل الاقل ويقسم ما بقى ولو قيل يأكل الثلث ويقسم الثلثين كان حسنا والله أعلم ص مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن أبي سعيد الخدري أنه قدم من سفر فقدم اليه أهله لحما فقال انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحى

* وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن أبي سعيد الخدري أنه قدم من سفر فقدم اليه أهله لحما فقال انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحى

فقالوا هو منها فقال أبو سعيد ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عنها فقالوا انه قد كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بعدك أمر نخرج أبو سعيد فسأل عن ذلك فأخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث فكلوا وتصدقوا واذا خروا ونهيتكم عن الانتباز فانتبذوا كل مسكر حرام ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعني لا تقولوا سوأ * ش قول أبي سعيد لما قدم اليه اللحم انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحي على وجه التعرر والاحتياط لدينه وقدر روي عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يأكل في انصرافه من منى الا الزيت خوفا من لحوم الاضاحي التي كان يعتقد استدامة المنع فيها وكذلك يجب للحفاظ بدينه أن يسأل ويبحث أن كثيرا من المحظور فاذا كان شاذا جاز أن يحمل على الغلب

(فصل) وقوله لما ذكره انها من لحوم الاضاحي ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عنها انكار لتقدمها اليه بعد علمهم بانه مما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فأخبر بوجه الامر وهو ما حدث من نسخ ما علم من الخطر بالاباحة وقولهم أمر يحتمل أن يكونوا فسر والاهم معنى الامر فأراد أن يحتاط في ذلك بقول من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو بقول من هو أفقه وأفهم وأعلم بتأويل قول النبي صلى الله عليه وسلم ممن أخبره بذلك ويحتمل قيل له قد حدث من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك أمر ولم يفسره ذلك الامر وان كان أخبر بأنه معنى يقضى الاباحة فخرج يسأل عن ذلك الامر وتفسيره فأخبر به وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث فكلوا واذا خروا يريد أنه أطلق لهم الاكل بعد الثلاث

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن الانتباز فانتبذوا وكل مسكر حرام يأتي في كتاب الاشرية ان شاء الله وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعني لا تقولوا سوأ قال أبو عبيد الله روى الهجر الفحش والهجر بفتح الهاء الهنيان قال محمد بن سعد بن سفيان في شرح الموطأ لا تقولوا هجرا لا تدعوا بالويل والحرب والعويل ولا تقولوا ما يسيئ الله قال محمد بن ربيعة على لا تقولوا هجرا لا تقولوا سوأ قال محمد وغيره لا تفرقوها ولا تعروا هجرا

﴿ الشريعة في الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة ﴾

قوله وعن كم تذبح البقرة والبدنة يريدون تحريم البدنة وبيانها في بعد هذا ان شاء الله تعالى في كتاب الذبائح ولكنه عطف تذكية البدنة على تذكية البقرة بلفظ الذبح لما كان المعنى واحدا في التذكية ض * مالك عن أبي الزبير المكي عن جابر بن عبد الله أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة * ش قوله نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة يعني ان البدن والبقرة تحرم وسيأتي بعد هذا تفسير في كتاب الذبائح ان شاء الله تعالى وأما ما ذكر من ذبح الواحدة من ذلك عن سبعة فقد اختلف الناس في تأويله ومذهب مالك أنه لا يجوز في الهدايا الواجبة ولا في الضحايا أن يشترك جماعة في ثمن الاضحية والبدنة فيشترونها بالثمن المشترك ثم يذبحونها أو ينعرونها فأما هدى التطوع فالمشهور عنه ان الاشتراك فيه غير جائز وحكى القاضي أبو الحسن انه روى عنه ان ذلك يجوز ويجوز عند مالك أن يكون الاضحية لرجل واحد فيذبحها عنه وعن أهل بيته ومن في عياله وان كانوا أكثر من سبعة وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترك سبعة في ثمن الهدى والاضحية

فقالوا هو منها فقال أبو سعيد ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عنها فقالوا انه قد كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بعدك أمر نخرج أبو سعيد فسأل عن ذلك فأخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث فكلوا وتصدقوا واذا خروا ونهيتكم عن الانتباز فانتبذوا وكل مسكر حرام ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعني لا تقولوا سوأ * ش قول أبي سعيد لما قدم اليه اللحم انظروا أن يكون هذا من لحوم الاضاحي على وجه التعرر والاحتياط لدينه وقدر روي عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يأكل في انصرافه من منى الا الزيت خوفا من لحوم الاضاحي التي كان يعتقد استدامة المنع فيها وكذلك يجب للحفاظ بدينه أن يسأل ويبحث أن كثيرا من المحظور فاذا كان شاذا جاز أن يحمل على الغلب

(فصل) وقوله لما ذكره انها من لحوم الاضاحي ألم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عنها انكار لتقدمها اليه بعد علمهم بانه مما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فأخبر بوجه الامر وهو ما حدث من نسخ ما علم من الخطر بالاباحة وقولهم أمر يحتمل أن يكونوا فسر والاهم معنى الامر فأراد أن يحتاط في ذلك بقول من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو بقول من هو أفقه وأفهم وأعلم بتأويل قول النبي صلى الله عليه وسلم ممن أخبره بذلك ويحتمل قيل له قد حدث من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك أمر ولم يفسره ذلك الامر وان كان أخبر بأنه معنى يقضى الاباحة فخرج يسأل عن ذلك الامر وتفسيره فأخبر به وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن لحوم الاضاحي بعد ثلاث فكلوا واذا خروا يريد أنه أطلق لهم الاكل بعد الثلاث

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن الانتباز فانتبذوا وكل مسكر حرام يأتي في كتاب الاشرية ان شاء الله وقوله صلى الله عليه وسلم ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا يعني لا تقولوا سوأ قال أبو عبيد الله روى الهجر الفحش والهجر بفتح الهاء الهنيان قال محمد بن سعد بن سفيان في شرح الموطأ لا تقولوا هجرا لا تدعوا بالويل والحرب والعويل ولا تقولوا ما يسيئ الله قال محمد بن ربيعة على لا تقولوا هجرا لا تقولوا سوأ قال محمد وغيره لا تفرقوها ولا تعروا هجرا

﴿ الشريعة في الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة ﴾

قوله وعن كم تذبح البقرة والبدنة يريدون تحريم البدنة وبيانها في بعد هذا ان شاء الله تعالى في كتاب الذبائح ولكنه عطف تذكية البدنة على تذكية البقرة بلفظ الذبح لما كان المعنى واحدا في التذكية ض * مالك عن أبي الزبير المكي عن جابر بن عبد الله أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة * ش قوله نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة يعني ان البدن والبقرة تحرم وسيأتي بعد هذا تفسير في كتاب الذبائح ان شاء الله تعالى وأما ما ذكر من ذبح الواحدة من ذلك عن سبعة فقد اختلف الناس في تأويله ومذهب مالك أنه لا يجوز في الهدايا الواجبة ولا في الضحايا أن يشترك جماعة في ثمن الاضحية والبدنة فيشترونها بالثمن المشترك ثم يذبحونها أو ينعرونها فأما هدى التطوع فالمشهور عنه ان الاشتراك فيه غير جائز وحكى القاضي أبو الحسن انه روى عنه ان ذلك يجوز ويجوز عند مالك أن يكون الاضحية لرجل واحد فيذبحها عنه وعن أهل بيته ومن في عياله وان كانوا أكثر من سبعة وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترك سبعة في ثمن الهدى والاضحية

ثم يذبحونها اذا كان كل واحد منهم قصدا للقربة في ذبحه وان كانت وجوهها مختلفة مثل أن يلزم أحدهم جزاء صيد ويلزم الآخر فدية أذى ويريد هدى تطوع فان كان منهم من لا يقصد القربة وانما يقصد اللحم لم يجزه ذلك وقال زفر لا يجزى حتى تكون وجوه القربة واحدة وقال الشافعي ان ذلك يجزئه على كل وجه واتفقوا على انه لا يجزى عن أكثر من سبعة فالخلاف بيننا وبينهم في فصلين أحدهما انه لا يجوز الاشتراك في الرقبة عندنا ويجوز عندهم والثاني انه يجوز عندنا أن تنصر البدنة الواحدة عن أكثر من سبعة وعندهم لا يجوز ذلك والدليل على ما نقوله قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاءه مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة فوجه الدليل من الآية انه تعالى أوجب على من قتل الصيد اخراج مثله هديا بالغ الكعبة ومن أخرج سبع بدنة فلم يخرج مثل ما قتل من الصيد ومن جهة القياس أن هذا هدى فلم يجز أن يكون مشتركا أصله الشاة ما هم فخرج من نصر قوله بالحديث المنصوص نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة والجواب ان القاضي أبا الحسن قد أجاب عن هذا بأن حديث أبي الزبير وهم لذكروه البقرة عن سبعة وجوابه سر والشيخ أبو بكر بجواب ثان انه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم هو الذي نحر عنهم وكان الهدى جميعه له ونحن انما تمنع الاشتراك في رقبة الهدى والاضحية قالوا وهذا كما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى وقال هذا عني وعن لم يضح من أمي قال القاضي أبو اسحاق فكان هذا والله أعلم كما يذبح الرجل عنه وعن أهله لان المسلمين كلهم أهل النبي صلى الله عليه وسلم هو أب لهم وأزواجه أمهاتهم قالوا وحسب ان الذي روى من اشتراكهم يوم الحديبية في البدن من هذا الجنس ولعل النبي صلى الله عليه وسلم ساقها وأشرك بينهم فيها ولم يخرج كل واحد جزأ من ثمنها وعلى هذا التأويل يجوز للإمام أن يدخل غيره من رعيته في أضحيته وأجاب عن الحديث بجواب آخر انه ان كان صرح هذا الحديث فلا يمنع أن يكونوا قد ساقوا ذلك وقلده تطوعا والذي أدى الثمن واحد وقد أشرك معه قوم ما لم يأخذ منهم ثمننا وقد روى عن مالك ان الاشتراك في هدى التطوع المحض جائز على هذا الوجه فاما أن يزن كل واحد منهم جزأ من ثمنه أو يجوز ذلك فيما يلزم الانسان في خاصة نفسه من هدى واجب أو أضحية تتعين على الانسان بالسنة فلا وليس في الحديث ما يدل على ذلك وجواب ابن المواز فيما احتج به عليه من ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليشارك النفر منكم في الهدى يوشك ان ذلك كله كان من النبي صلى الله عليه وسلم لم لا مته لانهم كلهم عياله فيخرج عنهم أو يدفع الى كل نفر منهم مثل ما لو فعل ذلك رجل بمن تتركه نفقته فان قيل فانهم لا يجيزون أن تذبح الاضحية والهدى عن عدد من الناس الا أن يكون أهل بيت واحد والذي ذبح يوم الحديبية سبعون بدنة ولا يتفق أن يكون كل سبعة منهم أهل بيت فالجواب عن ذلك من وجوه اما على تجوز الاشتراك في هدى التطوع فلا يراعى ذلك ويسقط هذا السؤال جلية وأما على منع ذلك في هدى التطوع وغيره فعنه جوابان أحدهما ان جميع المسلمين كانوا النبي صلى الله عليه وسلم بمنزلة أهل بيته فيجوز له أن ينحر عن سبعة منهم كما روى انه ذبح عنه وعن جميع من لم يضح من أمته فشارك بينهم في أضحيته وان لم يجز لبعضهم أن يشرك بعضا وهذا كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه ذبح عن آل محمد بقرة واحدة رواه أبو عبد الرحمن النسوي أخبرنا ابن عبد الأعلى أخبرنا ابن وهب أخبرني يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن آل محمد في حجة الوداع بقرة واحدة وجواب ثان وهو انه يحتمل أن يكون منهم أهل بيت من خمسة وأهل بيت من

(فصل) وأما الدليل على أن الأخيعة يذبحها الرجل عن أكثر من سبعة أن ما زاد على السبعة من عياله أو ممن يصح أن يرده بأخيعة فجاز أن يضحي عنه كالمواضع أقل من سبعة (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الشاة والبقرة والبدنة كل واحد من ذلك يجزئ عن الجماعة السبعة وأكثر من أهل البيت في الأخيعة رواه ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك عندى أن يذبحها عن جميعهم فيسقط عنهم بذلك حكم الأخيعة ولكن لحم الشاة باق على ملكه حتى يعطى من شاء منهم ما يرده ولو أراد أن يتصدق بجميعه لم يكن لهم منعه من ذلك (فرع) فإذا قلنا بقول مالك أن الاشتراك يجوز في هدى التطوع فلا فرق بينه وبين الأخيعة فإذا قلنا بقول مالك الآخر أنه لا يجوز ذلك فالفرق بينهما أن الهدى يجب بالتقليد والاشعار فثبت فيه نوع من الاشتراك قبل انفاذ ذبحه فلذلك منع الاشتراك فيه لأن النية لا توجبها ألا ترى أنه من اشترى أخيعة لنفسه ثم بدله قبل أن يذبحها أن يشرك فيها أهل بيته جاز ذلك له رواه ابن المواز عن ابن القاسم وهذا ما لم يجب الأخيعة بالقول فإن أوجبها بالقول فحكمها يجب أن يكون حكم الهدى الذى قد وجب بالتقليد والله أعلم ص **م** مالك عن عمارة بن صياد أن عطاء بن يسار أخبره أن أبا أيوب الأنصارى أخبره قال كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس بعد فصارت مباحة **ش** قوله كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته يرى أن الرجل كان يتناول أخرجها من ماله ولذلك أضاف ذبحها إليه ولكنه كان يشرك أهل بيته في ثوابها ويسقط عنهم بذلك ما تعين عليهم من الأخيعة وفي هذا حاجة على جواز ذلك عن أهل البيت لأن قول أبي أيوب كنا نفعل إنما يراد بذلك زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأتى بلفظ يقتضى التكرار ومثل هذا مع تكراره لا يخفى في الأغلب عن النبي صلى الله عليه وسلم فإذا لم يمنع منه ولم ينكره دل ذلك على جوازه وفي هذا ثلاثة أبواب أحدهما ما استعجب من عدد الضحايا والثاني فمين يجوز أن يدخله الإنسان في الأخيعة والثالث فمين يلزم الإنسان أن يضحي عنه

لاخلاف ان الواحد من بهيمة الأنعام يجزى الانسان في أهل بيته ولكن قال مالك استعجب قول ابن عمر أن يضعى عن كل انسان بشاة لمن استطاع ذلك وجه ذلك انه أكثر ثوابا وأبعد من الاشتراك الذى هنا في الضحايا

* وحدثني عن مالك عن
عارة بن صياد ان عطاء
ابن يسار أخبره ان أبا
أيوب الانصاري أخبره
قال كنا نضحي بالشاة
الواحدة يذبحها الرجل
عنه وعن أهل يثمه ثم
تباهى الناس بعد فصار
مباهاة

مباحثه

﴿ الباب الثاني فمين يجوز للإنسان أن يشركه في أضحيتة ﴾

يجوز للإنسان أن يضحى عن نفسه وعن أهل بيته بالشاة الواحدة يعني بأهل بيته أهل نفقته قليلا كانوا أو كثيرا والأصل في ذلك حديث أبي أيوب كنان ضحى بالشاة الواحدة بذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته زاد ابن المواز عن مالك وولديه الفقيرين قال ابن حبيب وله أن يدخل في أضحيتة من بلغ من ولده وإن كان غنيا إذا كان في نفقته وبيته وكذلك من ضم إلى نفقته من أخ وابن أخ قريب فأباح ذلك بثلاثة أسباب أحدها الانفاق عليه والثاني المساكنة والثالث القرابة قال ابن المواز عن مالك له أن يدخل زوجته في أضحيتة ووجه ذلك ما قدمناه لأن المساكنة والانفاق موجودان والزوجة آكد من القرابة قال الله تعالى وجعل بينكم نودة ورجة قال مالك في الموازية أن شاء أن يدخل في أضحيتة أم ولده ومن له فيه بقية رقب أجرأ ووجه ذلك ما قدمناه ولأن الولاء حجة كل حمة النسب وهو ثابت في أم الولد وسببه موجود فمين له عليه رقب والله أعلم (مسئلة) ولا يدخل يتيمة في أضحيتة ولا يشرك بين يتيمة في أضحيتة وإن كانا أخوين والجد والجدة كالأجانب قاله ابن المواز عن مالك قال ابن حبيب ولا شريك ولا رفيق من الأجانب ووجه ذلك ما عسى من بعض الشروط الثلاثة يريدان الجد والجدة ليسا في نفقته ولو كانا على ذلك لجاز عندى ما تقدم في الأقارب

﴿ الباب الثالث في ذكر من يلزمه أن يضحى عنه ﴾

روى ابن حبيب عن مالك يلزم الرجل أن يضحى عن نفسه وعن أولاده ما لزمه الانفاق عليهم ولا يلزمه أن يضحى عن زوجته ولا رفيق أمه ولا من له فيه بقية رقب (فصل) وقوله ثم تباهى الناس فصارت مباهاة قال ابن حبيب والمباهاة بما كان لله أفضل يريد أن الزيادة في ذلك إذا خلصت لله تعالى أفضل من التقليل ولذلك يستعبله أن يخرج أفضل ما يقدر عليه وأكثر مما لم يخرج عن المتعارف وفي العتبية قال أشهب كره مالك تعالى الناس في الإضحية ويشتري كسراء الناس فاما أن يجده بعشرة ويشتريه بمائة فأنى أكرهه ويدخل على الناس مشقة ومعنى ذلك الخروج عن المتعارف من قصد المباهاة ويشق على من أراد منافسته قاصد الخير فمدخل في ذلك الكراهية من وجهين أحدهما قصد المباهاة وهذا يتعلق بالعتاد وغيره والوجه الثاني الخروج عن العادة والشذوذ في المغالاة وكذلك في العدد تتعلق به الكراهية من وجه المباهاة وهو في المعتاد من إخراج ضحية عن كل إنسان وتقيد من الزيادة عليه والمقارنة له والثاني الشذوذ والخروج عن العادة فإذا سلم من الأمرين فلا يقال إن ذلك مذموم لمنا فيه من المباهاة إذا أريد به وجه الله تعالى وإنما ذم أبو أيوب رضي الله عنه من ذلك التفاخر بين الناس على أن لفظ المباهاة فيه نظر لأنه إنما يستعمل في المفاخرة ومن يقصد هذا ص ﴿ قال مالك أحسن ما سمعت في البدنة والبقرة والشاة أن الرجل ينصر عنه وعن أهل بيته البدنة وذبح البقرة والشاة الواحدة وهو يملكها ويذبحها عنهم ويشركهم فيها فاما أن يشتري النفر البدنة أو البقرة أو الشاة يشتركون فيها في النسك والضحايا فيخرج كل إنسان منهم حصه من ثمنها ويكون له حصه من ثمنها وتكون له حصه من ثمنها فان ذلك يكره وإنما سمعت الحديث أنه لا يشتركون في النسك وإنما يكون عن أهل البيت الواحد ﴿ وهذا كما قال إن الناس قد اختلفوا في الاشتراك في البدنة أو البقرة في الضحايا والنسك وإن أحسن ما سمع في ذلك أن يكون ملكها الواحد بدنة كانت أو بقرة أو شاة فيذبحها عنه وعن أهل بيته

* قال مالك أحسن ما سمعت في البدنة والبقرة والشاة أن الرجل ينصر عنه وعن أهل بيته البدنة وذبح البقرة والشاة الواحدة هو يملكها ويذبحها عنهم ويشركهم فيها فاما أن يشتري النفر البدنة أو البقرة أو الشاة يشتركون فيها في النسك والضحايا فيخرج كل إنسان منهم حصه من ثمنها ويكون له حصه من ثمنها فان ذلك يكره وإنما سمعت الحديث أنه لا يشتركون في النسك وإنما يكون عن أهل البيت الواحد

أخنية * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أنه يصح ذلك بنيتة وإن لم يعلم أهل بيته بذلك ولذلك يدخل فيها من صغار ولده من لا تصح نيتة وأما أن يتقدم ملك كل واحد منهم لجزء منها بقدر ما أدى من ثمنها فإن ذلك مكره عنده ووجهه أن النسك لا يتبعض بين ذلك أن يبدله لا يجوز ذلك فيه وهو مما يصح أن يتبعض فبان لا يجوز في مبدله الذي لا يصح أن يتبعض أولى ص * مالك عن ابن شهاب أنه قال مات عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته واحدة أو بقرة واحدة قال مالك لأدري أيهنما قال ابن شهاب * ش قوله مات عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته واحدة واحدة أو بقرة واحدة يقتضى الاشتراك في ذلك على ما ذكرناه وجواز الاقتصار على واحدة للرجل وأهل بيته ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في عام ما لعدم الضحايا أو الهدايا ويحتمل أن يكون فعل ذلك مع كثرة اليامين جواز ذلك

* الضحية عما في بطن المرأة وذكر أيام الأضحية *

ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال الأضحية يومان بعد يوم الأضحية * مالك أنه بلغه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه مثل ذلك * ش قوله الأضحية يومان بعد يوم الأضحية يريد أن يوم الأضحية أولاً يوم الذبح ثم اليومان بعده وإن اليوم الرابع ليس من أيام الذبح وهذا قال مالك وسفيان الثوري وأبو حنيفة وقال الشافعي أيام الذبح أربعة يوم النحر وثلاثة أيام التشريق بعده وقد استدلل القاضي أبو الحسن في ذلك بقوله تعالى ليدكر واسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام قال والأيام المعلومات يوم النحر ويومان بعده والأيام المعدادات ثلاثة بعد يوم النحر فيوم النحر معلوم غير معدود واليومان بعده معلومان معدودان والرابع معدود غير معلوم وفائدة وصفنا له بأنه معلوم أنه من أيام الذبح وفائدة وصفنا له بأنه معدود أنه من أيام الرمي وقد قال الله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في يومين فلاثم عليه ومن تأخر فلاثم عليه ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث ومعلوم أنه أباح الأكل منها في أيام الذبح فلو كان اليوم الرابع منها لكان قد حرم على من ذبح في ذلك اليوم أن يأكل من أضحيته ودليلنا من جهة القياس أنه يوم مشروع التفرقة فلم يكن من أيام الذبح كالثامس (مسئلة) اذ ثبت أن أيام الذبح ثلاثة فإن أفنلها أو لها وهو يوم النحر قاله ابن الموارز وغيره ووجه ذلك قوله تعالى وسارعوا إلى مغفرة من ربكم ومعنى ذلك والله أعلم المسارعة إلى الطاعة وأداء العبادة (مسئلة) وليس الليل من زمن الذبح في أخنية ولا هدى ولا عقيقة ومن فعل ذلك لم يجزه رواه ابن حبيب عن مالك وقال أبو حنيفة والشافعي تذبح الأضحية ليلاً قال القاضي أبو الحسن وقد روى عن مالك من فعل ذلك أجزاء واستدل مالك في ذلك بقوله تعالى ليدكر واسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام قال القاضي أبو الحسن أراد بذلك والله أعلم التسمية على الذبيحة وخص بذلك الأيام فوجب أن يتعلق بهادون الليالي على ما نعتقده من القول بدليل الخطاب * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أن التعلق بهذه الآية ليس من باب دليل الخطاب وذلك أن الشرع ورد بالذبح في زمن مخصوص وطريق تعلق النحر والذبح بالآوقات الشرع لا طريق له غير ذلك فاذا ورد الشرع بتعلقه بوقت مخصوص لقوله تعالى في أيام معلومات ونحر النبي صلى الله عليه وسلم وذبحه أخنيته نهاراً علمنا جواز ذلك في النهار ولم يجز أن نعديه إلى الليل لا بدليل وقد طلبنا

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أنه قال مات عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وعن أهل بيته واحدة واحدة أو بقرة واحدة قال مالك لأدري أيهنما قال ابن شهاب * الضحية عما في بطن المرأة وذكر أيام الأضحية * وحدثنى يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر قال الأضحية يومان بعد يوم الأضحية * وحدثنى عن مالك أنه بلغه عن علي بن أبي طالب مثل ذلك

في الشرع فلم يجد دليلا ولو كان لوجدناه مع البحث والطلب فهذا من باب الاستدلال بعنم الدليل
(فرع) ويستحب أن يؤخر أخصيته في اليوم الثاني والثالث إلى أن تطلع الشمس وتجل السبحة
وليس عليه أن ينتظر قنبر صلاة الامام في اليوم الاول رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان ما قبل
طالع الشمس مختلف فيه انه من الليل فيستحب الخروج من الخلاف واذا طلعت الشمس اتراى
تمكن طلوعها ثلاثا يكون الذبح عند طلوعها كالفصل لها بذلك ص * مالك عن نافع أن عبد الله
ابن عمر لم يكن يضحي عما في بطن المرأة * ش قوله لم يكن يضحي عما في بطن المرأة يريد انه ليس
له حكم الحي حتى يستهل صار خابعا للولادة ألا ترى انه لا يرث ولا يورث ولا يحكم له بحكم الوصية والاختية
من أحكام الحي وقد روى محمد بن محمد عن مالك لا يعجنبي أن يضحي الرجل عن أبويه الميتين (مسئلة) قال
ابن حبيب وليس على من فيه بقية رق أختيه ولا على سيدهم لأم ولد ولا غيرها إلا أن يشاء أن يضحي
عنهم أو يدخلهم في أخصيته أو يأمرهم بذلك من ماله أو أموالهم فحسن ووجه ذلك ان الرق بنافي
القربة والمال لكونه لما كانت هذه القربة عائدة إلى منفعة المتقرب بها صحت من العبد باذن السيد
بخلاف الزكاة (مسئلة) ومن ولده مولود في أيام النحر وقد ضحى أو لم يضح فعليه أن يضحي عنه
قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن وقت لزوم الاختية هو وقت أدائها وهو إلى غروب الشمس من آخر
ثاني أيام التشريق فن ولده مولود في ذلك الوقت أو أسلم من المشركين في ذلك الوقت ثبت في حقه
حكم الاختية ص * قال مالك الاختية سنة وليست بواجبة ولا أحب لاحد ممن قوى على ثمنها أن
يتركها * ش وهذه العبارة يستعملها أصحابنا فيما كد استجابته وبلغ صفة ما من تأكيده
الاستحباب وان لم يجب فعله وقد قال ابن القاسم في المدونة من تركها أثم وهذا معنى الوجوب وقال
ابن المواز في كتابه هي سنة موجبة وقال ابن حبيب هي من واجبات السنن وتركها خطيئة * قال
القاضي أبو محمد أطلق بعض أصحابنا عليها انها واجبة وانما يريدون بذلك انها سنة مؤكدة وهذا
محمّل من الاقوال غير قول ابن القاسم وابن حبيب اللذين يؤثمان تاركها فانها لا تحتل إلا الوجوب
والاول أشهر في المذهب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هي واجبة على من ملك نصابا من أهل
الاقامة دون المسافرين والمقيم الذي لا يملك النصاب وذلك ما تدارهم بعد المنزل والخادم والدليل على
ما نقوله ما أخرجه مسلم في صحيحه عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا رأيتم هلال ذي
الحجة أو اراد أحدكم أن يضحي فامسك عن شعره وأظفاره فوجه الدليل منه أنه صلى الله عليه وسلم
علق ذلك بارادة المكف ولو كان واجبا لم يفتقر إلى ارادته ودليلنا من جهة القياس ان هذه ذبيحة
لا تجب على المسافر فلم تجب على المقيم كالعقيقة وفي المبسوط عن اسماعيل بن أبي أويس أن المسافر
لا أختية عليه لانه ليس عليه صلاة عيد والمشهور من مذهب مالك ما تقدم والله أعلم (مسئلة) اذا
ثبت ذلك فان الاختية على أهل الآفاق وجميع الناس قال ابن حبيب صغيرهم وكبيرهم ذكورهم
واناثهم قال ابن المواز الاحرار من أهل منى وغيرها والمقيم والمسافر في ذلك سواء الا الحاج خاصة في
ذلك بمعنى فانهم لا أختية عليهم ووجه ذلك أنه قربة في المال من غير الزكاة المفروضة فكانت عامّة على
من وجدها كزكاة الفطر وأما الحاج بمنى فليس عليهم أضاح قال ابن حبيب وذبيحة الحاج هدي
وليست بأختية وليس وجوبه كوجوب الضحايا ووجه ذلك أن الحاج لما كان نسكه شعارا وهو
التلبية كان نسكه بالذبح شعارا وهو التقليد والاشعار والاصل في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم
قلدوا شعره ما ساقه في حجه وعمرته وجعله هديا ولم يضح بشئ منه (مسئلة) ويلزم وصي اليتيم أن

* وحدثنى عن مالك عن
نافع أن عبد الله بن عمر
لم يكن يضحي عما في بطن
المرأة قال مالك الضحية
سنة وليست بواجبة
ولا أحب لاحد ممن قوى
على ثمنها أن يتركها

يُصَحِّحُ عَنْهُ إِنْ كَانَ مَالَهُ ثَلَاثِينَ دِينَارًا شَاءَ بِنَصْفِ دِينَارٍ رَوَاهُ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ فِي الْعَتِيَّةِ وَوَجْهٌ
ذَلِكَ أَنَّ هَذَا مِنَ الْحَقُوقِ الَّتِي تَلْزِمُ مِنْ مَالِهِ لِلَّهِ تَعَالَى وَهَذَا الْمَقْدَارُ مِنَ الْمَالِ يَحْتَمِلُ الْمَوَاسَاةَ بِهَذَا
الْمَقْدَارِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

(كِتَابُ الْعَقِيْقَةِ)

﴿ مَا جَاءَ فِي الْعَقِيْقَةِ ﴾

ص ﴿ مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي ضَمْرَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ الْعَقِيْقَةِ فَقَالَ لَا أَحِبُّ الْعَقُوقَ وَكَأَنَّهُ أَنْكَرَهُ الْأَسْمَ وَقَالَ مَنْ وَلَدَهُ وَلِدًا فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسُكَ
عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ ﴿ ش قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا أَحِبُّ الْعَقُوقَ ظَاهِرُهُ كَرَاهِيَةُ الْأَسْمِ لِمَا فِيهِ مِنْ
مِثَابَةِ لَفْظِ الْعَقُوقِ وَأَثَرُ أَنْ يُسَمَّى نَسَكًا كَمَا قَالَ يَوْمَ الْحَدِيثِ حِينَ وَرَدَ عَلَيْهِ سَهِيلُ بْنُ عَمْرِو وَسَهْلُ
لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ وَكَرِهَ لِحُزْنِ أَنْ يُسَمَّى حُزْنًا قَالَ مَالِكٌ إِنَّهُ لَيَقَعُ فِي قَلْبِي مِنْ شَأْنِ الْعَقِيْقَةِ أَنَّ الْيَهُودَ
وَالنَّصَارَى يَعْمَدُونَ مَا يَجْعَلُونَهُمْ فِيهِ وَيَقُولُونَ قَدْ أَدْخَلْنَاهُمْ فِي الدِّينِ بِمَا يَعْمَلُونَهُ بِصِيَامِهِمْ وَإِنْ مِنْ
شَأْنِ الْمُسْلِمِينَ الذَّبْحُ فِي الْعَقِيْقَةِ وَقَدْ عَقَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ الْحَسَنِ فَيَقَعُ فِي قَلْبِي فِي
الذَّبْحِ عَنِ الصَّبِيِّ أَنَّهُ شَرِيعَةُ الْإِسْلَامِ قَالَ مَالِكٌ وَقَدْ سَمِعْتُ غَيْرِي يَذْكُرُ ذَلِكَ

(فَصْل) وَقَوْلُهُ وَمَنْ وَلَدَهُ وَلِدًا فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسُكَ عَنْهُ فَلْيَفْعَلْ يَقْتَضِي أَنَّ الْعَقِيْقَةَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ لِأَنَّهُ عُلِقَ
ذَلِكَ بِاخْتِيَارِ أَبِي الْمَوْلُودِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَبْسُوطِ مَنْ لَمْ يَذْبَحْ وَلَمْ يُطْعَمْ فَلَا تَأْمُرُ عَلَيْهِ وَبِهَذَا قَالَ جَهْوَرُ
الْفُقَهَاءِ وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ الْبَصْرِيُّ وَدَاوُدُ أَنْهَا قَالَاهُ وَاجِبَةٌ وَدَلِيلُنَا عَلَى صِحَّةِ قَوْلِ مَالِكٍ
الْحَدِيثُ الْمَتَّقَمُ (مُسْتَلْ) إِذَا ثَبَتَ أَنَّهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ فَانْهَاهَا مُسْتَحَبَّةٌ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَيْسَتْ بِمَشْرُوعَةٍ
وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ الْحَدِيثُ الْمَتَّقَمُ وَفِيهِ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمَاهُ نَسَكًا وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا
حَدِيثُ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ وَفِيهِ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ مَعَ الْغُلَامِ عَقِيْقَتَهُ فَهَرِيقُوا عَنْهُ دَمَا وَالْأَمْرُ
يَقْتَضِي الْوَجُوبَ أَوْ النَّدْبَ إِذَا اجْتَمَعْنَا أَجْعَلْنَا أَنَهَا لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ فَأَقْلَ أَحْوَالُهُ النَّدْبُ

(فَصْل) وَقَوْلُهُ فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسُكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ يَقْتَضِي أَنَّ ذَلِكَ فِي مَالِ الْأَبِ عَنْ ابْنِهِ وَلِذَلِكَ قَالَ
فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسُكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ وَلَوْ كَانَ لِلْمَوْلُودِ مَالٌ لَكَانَ الْأَطْفَرُ عِنْدِي أَنَّ تَكُونَ الْعَقِيْقَةَ فِي مَالِ
الْأَبِ عَنْ ابْنِهِ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَحَبُّ أَنْ يَنْسُكَ عَنْ ابْنِهِ فَأُثْبِتُ ذَلِكَ فِي جِهَةِ الْآبَاءِ عَنِ الْإِبْنِ
وَقَدْ قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَبْسُوطِ يَعْقُ عَنْ الْيَتِيمِ مِنْ مَالِهِ وَظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُ أَحَدًا مِنَ الْأَقْرَابِ غَيْرَ الْأَبِ وَاللَّهُ
أَعْلَمُ (مُسْتَلْ) إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَانْ وَقْتُ ذَبْحِ الْعَقِيْقَةِ خُحِي سَاعَةَ تَذْبِخِ الْأَخِيَّةِ رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ مَالِكٍ
وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ لَا تَذْبِخِ الْعَقِيْقَةَ لَيْلًا وَلَا بِالسَّحَرِ وَلَا بِالْعَشِيِّ الْأَمْنِ الضَّحَى إِلَى الزَّوَالِ زَادَ مَالِكٌ فِي
الْمَبْسُوطِ وَمَنْ ذَبَحَهَا قَبْلَ الْوُجُوْدِ الَّذِي تَذْبِخُ الضَّحَى فِيهِ لَمْ أَرَهَا مَجْزِيَةً وَلِيَذْبِخَ عَقِيْقَةً أُخْرَى خُحِي
يَتَعَرَّى ذَلِكَ وَوَجْهٌ ذَلِكَ أَنَّهُ نَسَكٌ يَسْتَحَبُّ اخْرَاجُهُ مِنْ غَيْرِ تَقْلِيدٍ فَكَانَتْ سَنَةٌ ذَبَحَهُ خُحِي كَالْأَخِيَّةِ
(مُسْتَلْ) إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ فَانْ تَذْبِخُ يَوْمَ سَابِعِ الصَّبِيِّ الْمَوْلُودِ وَذَلِكَ أَنَّ يَمُضِي لِلْمَوْلُودِ سَبْعَةُ أَيَّامٍ وَسَبْعُ
لَيَالٍ رَوَى سَمُرَةُ بْنُ جُنْدَبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ كُلُّ غُلَامٍ رَهْنٌ بِعَقِيْقَتِهِ يَذْبَحُ عَنْهُ
يَوْمَ سَابِعِهِ وَيُحْلَقُ وَيُسَمَّى فَإِنْ لَمْ يَعْقْ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ فَهَلْ يَعْقُ عَنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْ لَا رَوَى ابْنُ حَبِيبٍ
عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ مَنْ تَرَكَ أَنْ يَعْقَ عَنْ ابْنِهِ فِي يَوْمِ سَابِعِهِ فَانْ يَعْقُ عَنْهُ فِي السَّابِعِ الثَّانِي فَإِنْ تَرَكَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ كِتَابُ الْعَقِيْقَةِ ﴾

﴿ مَا جَاءَ فِي الْعَقِيْقَةِ ﴾

﴿ حَدَّثَنِي يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ

عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ رَجُلٍ

مِنْ بَنِي ضَمْرَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ

قَالَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ الْعَقِيْقَةِ

فَقَالَ لَا أَحِبُّ الْعَقُوقَ

وَكَأَنَّهُ أَنْكَرَهُ الْأَسْمَ وَقَالَ

مَنْ وَلَدَهُ وَلِدًا فَأَحَبُّ أَنْ

يَنْسُكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ

ذلك في الثالث فان جاوز ذلك فقد فات وقت العقيقة وروى ابن حبيب عن مالك لا يجاوز بالعقيقة اليوم السابع قال الشيخ أبو بكر والقول الثاني أقيس وجه رواية ابن وهب ان هذا نسك فلم يكن وقت ذبحه أقل من ثلاثة أيام كالأضحية ووجه الرواية الثانية انه لما كان اليوم الثامن أقرب الى السابع مما بعده ثم مع ذلك لا يذبح فيه فان لا يذبح فيما بعده أولى (مسئلة) ولا يجوز تقديم العقيقة قبل السابع قال مالك في المبسوط ان مات الصبي قبل السابع فليس عليهم أن يذبحوا عنه فاقضى ذلك ان وقت ثبوت حكمها هو الوقت المذكور من اليوم السابع فان أدرك الصبي ذلك الوقت ثبت حكمها وان مات قبل ذلك بطل حكمه والله أعلم وأحكم ص * مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدق بزنة ذلك فضة * وحدثنى عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن علي بن حسين انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين بزنته فضة * ش فعل فاطمة رضي الله عنها هذا حسن لمن فعله وليس ذلك بلازم قاله القاضي أبو محمد وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه ليس على الناس التصديق بوزن شعر المولود ذهاباً أو ورثاً من فعله فلا بأس به وقال مالك في العتية ما ذلك من عمل الناس وما أرى ذلك عليهم ومعناه والله أعلم انه ليس بلازم ولا بأمر مشروع ومن فعل ذلك ابتداءً من غير أن يرى ذلك لازماً فلا نكير فيه بل هو فعل بر ويستحب أن يحلق شعر الصبي يوم سابعه قاله ابن حبيب وقال الشيخ أبو اسحاق هو معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم وأمیطوا عنه الأذى

* العمل في العقيقة *

ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا أعطاه إياها وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والاناث * ش قوله أن عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا أعطاه إياها كان ذلك من فعل عبد الله بن عمر لان العقيقة مشروعة وهي من عمل البر وكان لا يسأله أحد من أهله المعونة على البر الا أعانته عليه وأجابته اليه (فصل) وقوله وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والاناث هذا مذهب مالك وقال أبو حنيفة يعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة قال ابن حبيب روى عن عائشة شاتان عن الغلام وشاة عن الجارية وذلك حسن لمن أحدثه والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك حديث ابن عباس المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً ولا يفعل صلى الله عليه وسلم الا الأفضل ولما واظب على هذا ثبت ان ذلك هو الأفضل وعند المخالف ان الشاة الواحدة ليست بمجزية عن الغلام ودليلنا على ما نقوله ان هذا ذبح مقرب به فاستوى فيه الذكور والانثى كالأضحية والهدي ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي انه قال سمعت أبي يستحب العقيقة ولو بعصفور * ش قوله يستحب العقيقة ولو بعصفور قال ابن حبيب ليس يريد أن يجزى العصفور وانما أراد بذلك تحقيق استحباب العقيقة وأن لا تترك وان لم تعظم فيها النفقة وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك لا يعق بشئ من الطير ولا الوحش ووجهه ان العقيقة نسك يتقرب به فلم يجز من غير بهيمة الأنعام كالأضحية والهدي (مسئلة) ولا يعق إلا بالضأن والمعز والابل والبقر قاله مالك قال ابن حبيب والضأن أفضلها

* وحدثنى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدق بزنة ذلك فضة * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن علي بن حسين انه قال وزنت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شعر حسن وحسين فتصدق بزنته فضة

* انعمل في العقيقة *

* وحدثنى يحيى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيقة الا اعطاه إياها وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والاناث * وحدثنى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي أنه قال سمعت أبي يستحب العقيقة ولو بعصفور

قال مالك في المبسوط ثم المعز أحب إلى من الأبل والبقر وقال الشيخ أبو اسحاق لا يعق بشئ من الأبل ولا البقر وإنما العقيقة بالضأن والماعز وهو في العتية عن مالك وجه الر واية الأولى ان هذا نسك فكان للأبل والبقر فيه مدخل كالأضحية والهدى ووجه الر واية الثانية أن النبي صلى الله عليه وسلم عاق عن الحسن والحسين بشاة شاة وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب اما في وجوب الفعل واما في تعلقه بجنس العين (مسئلة) والمسن الذي يجزى في العقيقة من كل جنس من أجناس الأنعام هو المسن الذي يجزى في الضحايا واه الشيخ أبو القاسم عن مالك قال ابن حبيب وهذا في شاة النسك وأما ما يكثر به الطعام فلا يرعى فيه جنس ولا سن ولا غير ذلك قال مالك في المبسوط ذبحت عن ولدي عقيقة فذبحت من الليل ما أراد أن يدعو إليه اخواني وغيرهم فلما كان ضحى ذبحت شاة العقيقة فأهديت منها للجيران وأكل منها أهل البيت ص * مالك أنه بلغه أنه عاق عن حسن وحسين ابني علي بن أبي طالب * ش قوله عاق عن الحسن والحسين يقتضى أنه سنة لأنه ان كان من فعل النبي صلى الله عليه وسلم فهو السنة التي يلزم المصير إليها وان كان من فعل غيره فثل هذا لا يخفى عليه صلى الله عليه وسلم من حال الحسن والحسين فاذا أقر عليه ثبت جوازه ص * مالك عن هشام بن عروة أن أباه عروة بن الزبير كان يعق عن بنيه الذكور والاناث بشاة شاة * ش قوله كان يعق عن بنيه الذكور بشاة شاة يقتضى المساواة بين الذكور والاناث في ذلك ويقتضى الاشتراك فيها ولا يصح عن ابنين بشاة واحدة ولا بشاتين بشرى بينهما في كل واحدة وقدر واه الشيخ أبو القاسم عن مالك ووجه ذلك أنه نسك فلا يجوز الاشتراك فيه كالهدي والأضحية واذا ولدت المرأة توأمين فقد روى ابن حبيب عن مالك كل واحد منهما بشاة ص * وقال مالك الامر عندنا في العقيقة أنه من عاق فانما يعق عن ولده بشاة شاة الذكور والاناث وليست العقيقة بواجبة ولكنه يستحب العمل بها وهي من الامر الذي لم يزل عليه الناس عندنا فن عاق عن ولده فأنما هي بمنزلة النسك والضحايا لا يجوز فيها عوراء ولا عجفاء ولا مكسورة القرن ولا مريضة ولا يباع من لحمائها ولا جلدها وتكسر عظامها ويأكل أهلها من لحمها ويتصدقون منها ولا يمس الصبي بشئ من دمها * ش وهذا كما قال ان من أراد أن يعق عن ولده فأنما يعق عنهم بشاة شاة لأنه سنة العقيقة وقد تقدم ذكره وقوله فن عاق عن ولده فأنما هي بمنزلة النسك من الضحايا لا تجزى فيها عوراء ولا عجفاء يراد أن حكمها في سلامتها من العيوب حكم الضحايا ووجه ذلك أنه نسك متقرب به فشرعت فيه السلامة فيه من العيوب كالضحايا (فرع) ومن وجدها بعد أن ذبحها معيبة عيبا يمنع اجزاءها * قال القاضي أبو الوليد فعندى أنه يلزم بدلهما ما لم يفت وقتها وان فات وقتها فلا شئ عليه ويكره وحكم لحمها حكم لحم أضحية ذبحتها ثم وجدها ما يمنع اجزاءها (فصل) وقوله ولا يباع شئ من لحمها ولا جلدها لأنه بعد الذبح لا يبق فيها من معنى الملك أكثر من الانتفاع بها والتصدق فاما أن يجوز له بعد أن نسك بها أن يبيع شيئا منها فلا وقد ذكر ذلك الشيخ أبو القاسم في تفريعه

(فصل) وقوله وتكسر عظامها قال ابن حبيب إنما قاله مالك لأن أهل الجاهلية كانوا اذا عاقوا عن المولود لم يكسروا العظام وإنما كانت العقيقة تنفصل من مفصل الى مفصل فأتى الاسلام بالرخصة في ذلك ان أحب أهلها يصنعون من ذلك ما وافقهم وفي الجملة أن كسر عظامها ليس بلامر وإنما لا يجوز تحري الامتناع منه والعقيقة في ذلك كسائر الذبائح وما كان لها من جهة المخالفة لفعل

* وحدثنى عن مالك انه بلغه انه عاق عن حسن وحسين ابني علي بن أبي طالب * وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة أن أباه عروة بن الزبير كان يعق عن بنيه الذكور والاناث بشاة شاة قال مالك الامر عندنا في العقيقة أن من عاق فانما يعق عن ولده بشاة شاة الذكور والاناث وليست العقيقة بواجبة ولكنها يستحب العمل بها وهي من الامر الذي لم يزل عليه الناس عندنا فن عاق عن ولده فأنما هي بمنزلة النسك والضحايا لا يجوز فيها عوراء ولا عجفاء ولا مكسورة القرن ولا مريضة ولا يباع من لحمائها ولا جلدها ويكسر عظامها ويأكل أهلها من لحمها ويتصدقون منها ولا يمس الصبي بشئ من دمها

أهل الجاهلية

(فصل) وقوله ويا كل أهلها من لحها ويتصدقون منها ما كل الناسك بها من لحها فلا تهاذبيحة مشروعة كمشرك الاضحية وكذلك وجه التصديق منها وقد قال الشيخ أبو القاسم لابأس بالاكل منها والاطعام من غير حد

(فصل) وصفة الاطعام منها في العتبية ليس الشأن عند نادعاء الناس الى طعامها ولكن يا كل أهل البيت والجيران وقال ابن المواز عن ابن القاسم يعرف منه للجيران قال مالك فاما أن يدعو اليه الرجال فاني أكره الفخر وقد قال مالك في المستوط عقت عن ولدي وذبحت مأر يدأن أدعو اليه اخواني وغيرهم وهيأت طعامهم ثم ذبحت ضحى شاة العقيقة فأهديت منها للجيران وأكل منها أهل البيت وكسر واما بقى من عظامها فطبخت فدعونا اليها الجيران فأكلوا وأكلنا قال مالك فمن وجد سعة فأحب له أن يفعل هذا ومن لم يجد فليذبح عقيقة ثم ليأكل كل وليطعم منها وهذا مخالف لما على ابن القاسم للنوع من ذلك بالفخر وما قاله يقتضى أن سنة العقيقة أن يطعم منه الناس في مواضعهم لأنها نسك كالاضحية والهدى فان فضل منها شيء وأراد أن يدعو اليه من يخصه من جارا أو صديق فلا بأس بذلك كالاضحية وأما طعام الصنيع وهو الاغذار فليس من سنة الضحايا ولا العقيقة فمن أراد أن يفعل ذلك بعد أداء سنة العقيقة فليفعل ومن اقتصر على العقيقة فليجرحها على سنتها قال مالك ولو أن صاحب العقيقة أكلها لم أر بذلك بأسا وأحب الى أن يعمل فيها بسنة الاضحية والهدى قال الله تعالى فكلوا منها وأطعموا الآية

(فصل) وقوله ولا يمسن الصبي بشئ من دمه معنى ذلك أنهم كانوا في الجاهلية يخضون بطنه يوم العقيقة فاذا حلقوا الصبي وضعوه على رأسه فورد الشرع أن يجعلوا مكان الدم خلوقا فيستحب أن يخلق بالخلوق رأس الصبي بدلا من الدم الذي كان في الجاهلية وقال القاضي أبو محمد لابأس بالخلوق بدلا من الدم الذي كانت تفعله الجاهلية وذلك مباح والله أعلم وأحكم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الذبايح

ما جاء في التسمية على الذبيحة

ص مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له يا رسول الله ان ناسا من أهل البادية يأتونا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوا قال مالك وذلك في أول الاسلام ثم قوله يا رسول الله ان ناسا يأتونا بلحمان ولا ندرى هل سموا الله عليها أم لا وقرر رسول الله صلى الله عليه وسلم لهم على هذا السؤال وجاوبته اياهم بما جاوبهم به دليل على اعتبار التسمية في الذبح ولو لم يكن للتسمية في ذلك حكم لقال لهم وما عليكم من التسمية سموا أولم يسموا سواء كما أن العجن والطبخ والزراعة لما لم يكن للتسمية تأثير فيها لم يكن للسؤال عن فعل ذلك أو تركه وجه وقد اختلف أهل العلم في تأثير التسمية في الذبيحة فروى ابن القاسم عن مالك في المدونة فمن تعبد ترك التسمية على الذبيحة لمن توكّل ذبيحته فان تركها ناسيا كالت والى هذا ذهب الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد وبه قال أبو حنيفة وقال أشهب توكّل إلا أن يترك ذلك مستحفاً وقال أبو بكر بن الجهم والقاضي

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الذبايح

ما جاء في التسمية على

الذبيحة

* حدثني يحيى عن مالك

عن هشام بن عروة عن

أبيه أنه قال سئل رسول

الله صلى الله عليه وسلم

فقيل له يا رسول الله ان

ناسا من أهل البادية يأتونا

بلحمان ولا ندرى هل

سموا الله عليها أم لا فقال

رسول الله صلى الله عليه

وسلم سموا الله عليها ثم كلوا

قال مالك وذلك في أول

الاسلام *

أبو الحسن إن تركها عاندا كرهه كل تلك الذبيحة ولا تحرم وقال الشافعي من تركها عامدا أو ناسيا لم تؤكل ودليلنا على وجوب التسمية وانها شرط في صحة الذبيحة مع الذكرك قوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ودليلنا من جهة القياس انه معنى ورد الشرع بأنه فسق فوجب أن يكون حراما أصل ذلك سائر القسوق من قذف المحصنات والزنى وشرب الخمر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالذي يستعمل من التسمية قال ابن الموزي يقول بسم الله والله أكبر قال ابن حبيب ولو قال بسم الله فقط أو الله أكبر فقط أو لا اله الا الله أو سبحان الله أو لا حول ولا قوة الا بالله من غير تسمية أجزاءه وكذلك كل تسمية لله تعالى ولكن ماضى عليه الناس أفضل ووجه ذلك ان هذا ذكر الله تعالى * قال مالك في العتية وان زاد ذابح أضحيته بناتقبل من انك أنت السميع العليم وكره أن يقال اللهم منك واليك وغابه وشدد الكراهية فيه وقال لا يقال ذلك اذا اعتق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم سموا الله تعالى ثم كلوا يحتمل أن يريد به الامر بالتسمية عند الأكل لان ذلك مما بقي عليهم من التكليف وأما التسمية على ذبح تولد غيرهم من غير علمهم فلا تكليف عليهم فيه وانما يحتمل على الصحة حتى يتبين خلافها. ويحتمل أن يريد به ان سموا الله أنهم الآن قد استبصروا به أكل ما لم تعرفوا أذكر اسمى عليه أم لا اذا كان الذابح ممن تصح ذبيحته ان سمي الله عز وجل

(فصل) وقول مالك وذلك في أول الاسلام لما روى في حديث عائشة في هذا الحديث ان الذابحين كانوا حديثي عهد بالاسلام ما يصح أن لا يعلموا مثل هذا ولم يبلغ بعد اليهم شرع النبي صلى الله عليه وسلم أو ممن يكثر منهم النسيان لمثل هذا أو الغفلة عنه لمالم يجزئهم به عادة وأما الآن فقد جرت به العادة حتى لا يكاد ذابح يترك ذلك ولا يجحد أحد الا يعلم ان التسمية مشروعة عند الذبح ص مالك عن يحيى بن سعيد أن عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة المخزومي أمر غلامه أن يذبح ذبيحة فلما أراد أن يذبحها قال له سم الله فقال الغلام قد سميت الله فقال له سم الله ويحك قال به قد سميت الله فقال له عبد الله بن عياش والله لا أطعمها أبدا * ش قوله للغلام سم الله اذا كان لماخاف أن يغفل عنه من ذلك وينساه ولم يقنع بإخبار الغلام له بأنه قد سمى الله أو أراد أن يسمع ذلك منه فلم يسمعه الغلام التسمية واقتصر على إخباره بذلك وفات موضع التسمية بأكمال الذبح اقسام أن لا يأكل الذبيحة وفي المدونة قال مالك في تفسير هذا الحديث لا أرى ذلك على الناس اذا أخبر الذابح انه قد سمى وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك مثله وعلى هذا يكون فعل ابن عياش على وجه التناهي في الورع والاخذ في خاصة نفسه بالاحوط ولعله قد أباح لغيره أكلها أو صدق بها أو أعطاها محتاجا اليها وأما أن يحرم أكلها فلا يجوز ذلك ولا يجوز اطراحها لان في ذلك إضاعة للمال وإفساد للطعام وقد روى ابن حبيب في كتابه قال مالك وحسبت أنه أنهم الغلام حين لم يسمعه التسمية قال مالك في ورع كما روى ابن عياش فلا بأس به قال عبد الملك وانما الرخصة فيما لا تهم فيه مثل حديث هشام بن عروة عن أبيه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقل ان ناسيا أو ناسيا أو ناسيا لم يندري هل سموا الله عليها أم لا وهذا الذي روى عن مالك خلاف لما ذكره أولا لان من اتهم غيره بتعمد ترك التسمية وكان عنده ممن يرضى بذلك ويقصده مع الاذكار له به فان الاحوط اطراح ذبيحته والامتناع من أكلها ولا يصدق فيما أخبر به من تسميته والله أعلم

وحدثني عن مالك
عن يحيى بن سعيد
أن عبد الله بن عياش بن
أبي ربيعة المخزومي أمر
غلامه أن يذبح ذبيحة
فلما أراد أن يذبحها قال له
سم الله فقال له الغلام قد
سميت فقال له سم الله
ويحك قال به قد سميت الله
فقال له عبد الله بن عياش
والله لا أطعمها أبدا

﴿ ما يجوز من الذكاة على حال الضرورة ﴾

﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رجلا من الانصار من بني حارثة كان يرى لقحته بأحد فأصابها الموت فذكاهما بشظاظ فستل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ليس بها بأس فكلوها ﴾ ش قوله فأصاب الموت يريد أنه أصابها من المرض ما يتيقن أن الموت متصل به فذكاهما بشظاظ وهي فلة عود ولعله أن يكون محمدا على صفة سنان الرمح أو السكين الذي يمكن الطعن بمثله فيفري بحدته وفي الذكاة أربعة أبواب أحدها في صفة المدكي والثاني في صفة ما يدكي به والثالث في صفة الذكاة والرابع في بيان محل الذكاة (فأما الباب الأول) في صفة المدكي فسيرد بعدهما مستوعبا في حديث ابن عباس ان شاء الله

﴿ الباب الثاني في صفة ما يدكي به ﴾

أما ما يدكي به فانه كل محد يمكن به انفاذ المقاتل وانهار الدم بالطعن في لبة ما ينحر والفرى في أوداج ما يدبح مما لا يختص بطائفة من الكفار في قتل الحيوان به لأكل قال ابن المواز عن مالك وقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الذكاة بالحجارة والشظاظ وقال يريد المرزوقة وشقة العصا والقصب وكل ما أنهر الدم فكل الاالسن والظفر قال محمد وهو مذهب مالك وقال ابن حبيب بما يدكي به الضرر جمع ضرر وهي فلة الحجر والليطة وهي فلة القصب والشظيرة فلة العصا وروى ابن وهب عن مالك في المبسوط ان كل شيء يمنع من نفاذ أو عظم أو قرن أو شيء يفري فانه جائز وقال ابن حبيب لا بأس أن يذبح بفلة العظم ذكيا كان أو غير ذكي اذا بضع اللحم وأنهر الدم فحصل الخلاف بين رواية ابن المواز وبين ما أوردناه بعدهما في الذكاة بالعظم والظفر وقد اختلف أصحابنا العراقيون في ذلك فقال القاضي أبو الحسن في كتابه الظاهر من مذهب مالك انه لا يستيج الذكاة بالسن والظفر ورأيت لبعض شيوخنا من أصحابنا انه مكروه ومباح بالعظم قال وعندى ان السن اذا كان عريضا محمدا والظفر كذلك حتى يمكن قطع الحلقوم به في مرة واحدة فانه تصح الذكاة به وكذلك سائر العظام متصلة أو منفصلة سواء كانت مما يؤكل لحمه أو مما لا يؤكل لحمه وقال الشافعي لا تجوز الذكاة بذلك مثل الرواية الأولى عن مالك وقال أبو حنيفة ان كانا متصلين لم تصح الذكاة بهما وان كانا منفصلين صححت الذكاة بهما والرواية التي نسبها القاضي أبو الحسن الى أبي حنيفة هي لابن حبيب في واضحته قال واذا كان السن والظفر من زرعين وعظما حتى يمكن الذبح بهما فلا بأس بذلك فوجره رواية المنع مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما أنهر الدم وذكرا سم الله عليه فكل ليس السن والظفر وسأخبرك عنه أما السن فعظم وأما الظفر فدى الجبشة ودليلنا من جهة القياس ان الشرع قد ورد باعتبار صفة الذابح واعتبار صفة الآلة ثم ثبت وتقرر ان ما نهى عنه من صفة الذابح يمنع صحة الذبح فكذلك ما نهى عنه من صفة الآلة وتحريمه ان هذا معنى ورد الشرع باعتبار صفة في الذبح فلم يجز استعمال ما نهى عنه من ذلك أصله الذابح ووجره واية الإباحة قوله تعالى وما أكل السبع الا ما ذكيتم والذكاة فرى الأوداج وقد وجد من هذا الذي ذبح بالسن والظفر فوجب أن تؤكل ذبيحته ومن جهة القياس ان هذا معنى يفري الأوداج فجاز الذبح به كالحديد (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال القاضي أبو الحسن تجوز الذكاة بالسن والظفر المتصلين وأجاب عن الحديث بجوابين أحدهما انه يحمله على الكراهية والثاني انه يحمله على الظفر والسن

﴿ ما يجوز من الذكاة ﴾

على حال الضرورة ﴿

* حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رجلا من الانصار من بني حارثة كان يرى لقحته بأحد فأصابها الموت فذكاهما بشظاظ فستل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ليس بها بأس فكلوها

الصغيرين اللذين لا يصح قطع الأوداج بهما فعلى هذا في المسئلة ثلاثة أقوال أحدها أنه لا تجوز الذكاة بسن ولا ظفر متصل ولا منفصل وهي الرواية التي حكاه القاضي أبو الحسن عن مالك وهو الظاهر من رواية ابن المواز والرواية الثانية أنه تجوز الذكاة بهما منفصلين ومتصلين وهذا الظاهر من رواية ابن وهب عن مالك في المبسوط وهو اختيار القاضي أبي الحسن والرواية الثالثة تجوز الذكاة بهما منفصلين ولا تجوز الذكاة بهما متصلين وهذا الذي قاله ابن حبيب قال القاضي أبو الوليد والرواية الأولى أصحها عندي والله أعلم (مسئلة) ورأيت القاضي أبا الحسن قد شرط في صفة ما يذكي به أن يفرى الأوداج والخفوم في دفعة واحدة قال وما كان من ذلك لا يفرى الخفوم والودج إلا في دفعات فلا تجوز الذكاة به قال ولو وجد هذا من السكين لمنعانه ورأيت ابن حبيب قد قال في المنجل المضرس لا خير في الذكاة به لأنه يبرد ولا يغاله يقطع كما تقطع الشفرة إذا رعدت به اليد للذبح جهاز وقال ابن حبيب قوله ولا مرددي عني أن يرفع يده ثم يردّها ولكن يجهز أول ما يضع يده ولعل القاضي أبا الحسن قد أراد هذا فامترد يده من غير رفع فلا بد للذاج منه في الأغلب

❦ الباب الثالث في صفة الذكاة ❦

قال محمد في كتابه السنة أخذ الشاة برفق وتضع على شقها الأيسر ورأسها مشرق وتأخذ بيدك اليسرى جلدة حلقها من اللحى الأسفل بالصوف فتدعه حتى تتبين البشرة وموضع السكين في المذبح حيث تكون الجوزة ثم تسمى الله تعالى وتعد السكين مداً مجهزاً من غير ترديد ثم ترفع ولا تنزع ولا تردود وقد حددت شفرتك قبل ذلك ولا تضرب بها الأرض ولا تجعل رجلك على عنقها ولا تجرها برجلها ووجه ذلك أن الرفق بها مشرووعاً وأمور به لما روى شداد بن أوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وإذا ذبحتهم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته (مسئلة) فإن ترك التوجيه إلى القبلة في المدونة بأكل منها وبئس ما صنع وقال ابن حبيب إن ترك ذلك عامداً لم تؤكل وجهه والرواية الأولى أنه ترك صفة مندوباً إليها من صفة الذبح وذلك لا يقتضي فساد الذبيحة كما لو ذبحها بيسراه ووجه الرواية الثانية أنه قد ترك ما سن في الذكاة من القرية عامداً فأشبه ترك تعدد التسمية وظاهر قوله في المدونة وبئس ما صنع يقتضي العمد والله أعلم (مسئلة) ومن رفع يده قبل أن يجهز على ذبيحته ثم رجع فاجهز قال ابن حبيب إن رجع في فور الذبح قبل أن يذهب ويذبح الذبيحة فذلك جائز وإن رجع بعد أن تباعد لم تؤكل قال سحنون لا تؤكل وإن رجع مكانه وتأول بعض أصحابنا عن سحنون أن رفع يده كالتحترأ وليس رجع فيتم الذكاة ثم رجع في فور فأنها فاتهاؤه كل وإن كان رفع يده على أنه قد أتم الذكاة ثم رجع فأنها لم تؤكل قال أبو بكر بن عبد الرحمن فقلت للشيخ أبي الحسن يجب أن يكون الأمر بالعكس فإذا رفع يده ليختر لم يؤكل وإذا رفع يده على أنه أتم الذكاة أنكأت وصوبه الشيخ أبو الحسن

❦ الباب الرابع في بيان محل الذكاة ❦

الحيوان على ثلاثة أضرب ضرب يختص بالذبح وضرب يجوز فيه الأمران فأما ما يختص بالنحر فالأبل خاصة على أنواعها يجتأها وعراها ونجها ومحل النحر اللبة ولم أر لأحد من أصحابنا ذكر مراعاة معنى في النحر أكثر مما ذكرناه فأما ما يختص بالذبح فهو جميع الحيوان المذكي غير الأبل والبقر وأما ما يجوز فيه الأمران فهو البقر على أنواعها من الجواميس وحكم الخيل حكم البقر في الذكاة لمن استباح أكلها وقد قال الشيخ أبو بكر في شرحه الكبير وقد

فيل ان عنق البقرة لما كان فوق عنق الشاة ودون عنق البعير جاز فيها الامر ان جميعا الذبيح والنحر
لقرب خروج الدم من جوفها بالذبح والتعريف به أخف ولم يجز الذبح في البعير لبعده خروج الدم من
جوفها بالذبح زاد القاضي أبو محمد فيكون في ذلك تعذيبه وزيادة في آلمه والنحر فيه أخف قال
الشيخ أبو بكر في القيل اذا نحر لأبأس بالانتفاع بعظمه وجلده فخصه بالنحر مع قصر عنقه قال
القاضي أبو الوليد وجه ذلك عندى انه لا عنقه ولا يمكن لغلظ موضع حلقه واتصاله بجسمه أن
يذبح وكان له منحرف فكانت ذكاته فيه قال الشيخ أبو بكر وكذلك لم يجز النحر في الشاة لعدم
تمكن النحر فيها اذا لبسته لها زاد القاضي أبو محمد ولقرب موضع النحر من خاضعتها فلا يمكن من
نحرها الا بما يصل الى جوفها فيكون كالطعن في جوفها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالذبح عند مالك
أفضل في البقر وروى اسمعيل بن أبي أويس عن مالك من نحر البقر فبئس ما صنع لان الله تعالى
قال ان الله امركم أن تذبحوا بقرة فأمر بالذبح ووجه ذلك انه أمر بالذبح ولا بد أن يكون على الوجوب
أو الندب وأقل أحواله الندب وهذا لما يصح التعلق به على قول من يقول ان شريعتي من قبلنا شريعة
لنا الان يتبين النسخ في القضية نفسها وعلى كل حال فقد قال مالك ان نحرته تؤكل لما قدمناه
من ان الأمر ينهيان فيها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذبح في الحلق وهو ما دون الجوزة تسكون
الجوزة الى الرأس قاله ابن المواز وابن حبيب وقال ان لم يفعل ذلك فإنه لا يقطع الحلقوم وانما يقطع
الجلدة المتعلقة بلحى الذبيحة (فرع) فان لم يفعل وترك الجوزة الى الجسد فالذى حكى القاضي
أبو محمد عن المنهبة انها لا تؤكل وبه قال ابن حبيب والشيخ أبو اسحق وكذلك روى ابن المواز والعتيبي
 وغيرهما عن ابن القاسم ورواه ابن وضاح عن عبد الله بن عبد الحكم ورواه محمد بن عمر عن مالك
 وأما ابن وهب فروى عنه العتيبي وغيره انها تؤكل وكذلك روى عن أشهب ومحمد بن عبد الحكم وأبي
 مصعب وموسى بن معاوية وقال ابن وضاح لم يحفظ لمالك فيها شيء ولم يتكلم فيها الا في أيام ابن
 عبد الحكم ونزلت به وجه رواية المنع ما احتج به شيوخنا ابن حبيب وغيره من ان الذابح فوق الجوزة
 لا يذبح في الحلقوم وهو محل للذكاة ووجه الرواية الثانية ان هذا ذبح من الحلق في موضع تتعجل به
 الذكاة ويسهل على الذبيحة فصحت فيه الذكاة أصل ذلك اذا كانت الجوزة في حيز الرأس (فرع)
 اذا قلنا في ذلك رواية المنع فان صار بعض الجوزة وهي الغلصة في الجسد وبعضها في الرأس فقد قال
 محمد بن عبد الحكم ان قياس هذه الرواية ان بقي في الرأس منها قدر حلقة الخاتم انها تؤكل الا ان يبقى
 في الرأس منها ما لا يستدير فلا تؤكل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذكاة على حالين حال اختيار
 وحال ضرورة فأما حال الاختيار فمحل النحر اللبنة ومحل الذبح الودجان والحلقوم فنقل شيئا من
 ذلك عن محله فلا يخلو أن ينقله الى ما هو محل للذكاة في غيره مثل أن ينحر ما يجب ذبحه أو يذبح
 ما يجب نحره أو ينقله الى ما ليس بمحل للذكاة فأما الوجه الأول وهو أن ينقله الى ما هو محل للذكاة
 في غيره ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا تؤكل ساهيا فعل ذلك أو عامدا وقال أشهب تؤكل وجه
 قول مالك ان هذا حيوان مقدور عليه فلا يستباح الا بالذكاة المعهودة المختصة به أصل ذلك اذا طعن
 في خاضعته ووجه قول أشهب ما احتج به من انه اذا ذبح البعير لغير ضرورة فقد صارت ذبيحته
 ضرورة وذهب موضع الخرج فيجوز أكله ولا يطرح وكذلك الشاة اذا نحرته وقال القاضي أبو
 الحسين ان أصحابنا يختلفون في رواية المنع على وجهين فمنهم من منع منه كراهية ومنهم من منع منه
 تحريما وبه قال ابن حبيب قال القاضي أبو محمد وزاد في ذلك ابن بكير وجهان ثالثا وهو انه قال يؤكل

البعير اذا ذبح ولا تؤكل الشاة اذا انحرت قال ووجه ذلك ان البعير له موضع ذبح وموضع نحروا فاما عند
الى التحريم كان أقل لتعذيبه لان موضع لبته يقرب من خاصرته فايكون كالطاعن لها (مسئلة)
وأما ان نقل الذكاة الى غير محل الذكاة بوجه مثل أن يذبح في العنق والقفا فقد قال ابن حبيب لن يذبح
في القفا وفي الصفحة الواحدة لأرى أن تؤكل لانه ذبح في غير المذبح ومثله لابن الموازين ذبح في
القفا وروى أشهب عن مالك في العتية لا يؤكل ما ذبح في القفا وأما من أراد أن يذبح في الخلقوم
فأخطأ فانحرف فانه يؤكل وجه المنع من أن كل ما ذبح في القفا ان الذكاة من شرطها أن يكون أول
ما ينفذ من مقاتلها قطع الخلقوم والودجين ويكون ذلك سبب موت الذبيحة ومن ذبح في القفا فقد
بدأ بقطع العنق وفيه النخاع وهو من المقاتل فكان ذلك سبب موت الذبيحة دون فري الودجين
والخلقوم قاله القاضي أبو اسحق وأما رواية أشهب في أن من أخطأ فانحرف فان ذبحته تؤكل فانها
تحتاج الى تفصيل وذلك انه ان استوعب قطع الودجين والخلقوم قبل قطع النخاع فان ذلك مبيح
للذبيحة لانه أتى بشرط الذكاة فلا يضره ما زاد من شق الجلد بانحرافه وان كان لم يستوعب ذلك
جمله أو استوعبه بعد قطع النخاع بقطع العنق فان ذكاته عندي لا تصح وهو عندي معنى قول ابن
حبيب ان ذبح في الصفحة الواحدة لم تؤكل (مسئلة) وأما حال الضرورة فانها على ضربين
ضرورة تمنع من التمسك منه كالبعير بشرده فلا يقدر عليه الابرية أو طعنه فانه لا يؤكل ما قتل بذلك.
والدليل على ما نقوله ان هذه من بهيمة الأنعام فلا تؤكل الا بالذبح أو النحر كالمقدور عليه (فرع)
اذا ثبت ذلك فان هذا حكم الغنم والدجاج اذ ليس لها أصل في التوحش حتى ترجع اليه وأما البقر
فقد قال ابن حبيب في الواخنة عندي ان لها أصلاً من بقر الوحش فاذا استوحشت حلت عندي
بالصيد وهذا الذي قاله فيه نظر لان بقر الوحش ليست بأصل للبقر الانسية ولا تشبهها في خلق ولا
صورة وانما يتفقان في الاسم كان جر الوحش ليست بأصل للحمر الانسية ولا الماعز البري أصلاً
للغنم الانسية ولذلك فرق بينهما في حكم المحرم وما أصله التوحش من الظباء والأرانب والايائل
وجر الوحش تتأنس ثم تستوحش فانها تحل بالصيد وقاله مالك في الهوام واليعاقب وقال ابن
الماجشون وكذلك حمام البيوت والبرك والاوز الانسية اذا استوحشت وفي المدونة ذكره مالك أن
يذبح الحمام الرومي المتخذ للفراخ ولا بأس أن يذبح الاوز والدجاج قال وليس أصل الاوز والدجاج مما
يطير وجه قول ابن الماجشون في الاوز له أصل وحشي كالحمام ووجه قول مالك انه ليس له في بلده
أصل مستوحش وانما الاعتبار بذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فما كان أصله التأنس اذ لم يستطع
أخذه الا بالعقر في الواخنة عن ابن الماجشون اذ لم يستطع أخذها الا بالعقر ولا بأس بذلك اذ لم يبلغ
العقر منها المقاتل مثل العرقة وما أشبهها فهي مأونة ثم تذبج قال فهذا الذي أخذه وروى اسمعيل
ابن أبي أويس في المبسوط عن مالك في الرجل يطلب البقرة في أرض العدو فلا يستطيع أن
يأخذها الا بأن يعرقها ثم يذبحها فقال لا آكلها ولا أحرماها وفي سماع ابن وهب عن مالك انه كرهها
وذلك يحتمل الخلاف بين ابن الماجشون ومالك ويحتمل ان مالكاً كما ذكره ذلك لان مثل هذا من
العقر لا يجوز الا فيما لا يقدر عليه الا بعد المحاولة لذلك والمبالغة فيه والغازي في أرض العدو بما سارع
الى ذلك مع القدرة عليه أو قبل المحاولة له وقد يبلغ ذلك من الحيوان ما يكون سبباً لسرعة موته
غالباً كقطع الفخذ وما أشبهه وقد اختلف قول مالك في الصيد يرمى بسهم مستحوم ثم يذبح فقال في
العتية والموازية لا يأكل لعل السهم أعان على قتله وأخاف على من أكله فعلى هذا التعليل

المؤول في مسئلتنا لا ندري لعل عرقته أثرت في قتله قبل فرى أوداجه ولا يلزم على هذا الصيدلان ذلك مباح في الصيد ولا يلزم على هذا المتردية والنطيحة لان ذلك ليس من فعل الانسان وانما يجوز فعل ذلك عند الضرورة مما يحبس ولا يسرع بافاضة نفسه وعليه يحمل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي رمى بعيرانته فحسبه رجل بسهم فقال صلى الله عليه وسلم ان هذه الابل أو البد كالأبد والوحش فأنته منها فاعلوا به كذا وقد روى اسماعيل بن أبي أويس عن مالك في ما توحش من الابل والبقر والغنم فلا يدرك الابل النبل أو المزاريق والرماح لا يؤكل وذلك يحتمل وجهين فان كان الرمي بالنبل والطعن بالرماح أثر فيها مثل العرقبة فهو على ما تقدم وقوله لا تؤكل بمعنى الكراهية وان كان بلغ بذلك انما ذمقاتها فقولها لا تؤكل على التحريم (مسئلة) وأما الضرورة التي تمنع الوصول الى موضع الذكاة فهي على قسمين أحدهما أن تمنع الوصول الى موضع ذكاتها ولا تمنع الوصول الى موضع نحرها والقسم الثاني أن تمنع الوصول الى موضع ذكاة جملتها فأما القسم الأول فمثل أن تمنع الوصول الى منحر البعير ولا تمنع من الوصول الى منبجه أو تمنع الوصول الى مذبح الشاة ولا تمنع الوصول الى منحرها فهذا قد قلنا مالك في غير موضع ان الشاة تؤكل حينئذ بالنحر والبعير يؤكل بالذبح ووجه ذلك ان هذه ذكاة في بهيمة الانعام (مسئلة) فأما اذا لم يقدر أن يصل الى موضع ذكاة بجملتها وانما يقدر على طعن في جنبها أو فخذها أو غير ذلك منها مما ليس بمنحر ولا مذبح فانها لا تؤكل قاله مالك خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذه من بهيمة الانعام فلم يستبح أكله بغير الذكاة المعهودة في بهيمة الانعام كالمقدور عليه (فرع) وكل دابة اما لحم ودم سائل من هوام الارض كالحيصة والفأرة والحرباء والعظاءة وما أشبهها فان من احتاج الى شئ منها للدواء أو غيره فذكاتها في الخلق كسائر الذبائح وكالصيد بالرمي والسهم والطعن بالرمح وشبه ذلك ان صيدت مع التسمية في التذكية والتصيد روى ذلك ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان ماله نفس سائلة فانه لا يستباح الا بالذبح أو بالنحر كالانعام (مسئلة) وأما ما ليس له نفس سائلة كالجراد والحزون والعقرب والخنافس وبنات وردان والقربا والزنبور واليعسوب والذر والنمل والسوس والحلم والدود والبعوض والذباب فلا يجوز أكله والتداوى به لمن احتاج الى ذلك الا بذكاة والذي يجزى من الذكاة في الجراد أن يفعل بها ما لا تعيش معه ويتعجل موتها به كقطع رؤسها وأرجلها من أعقابها أو القائها في ماء حار قال ابن حبيب في الجراد والحزون أو تبقر بالشوك والابر حتى تموت أو يلقى الجراد أو يشوى فأما قطع أجنحتها أو أرجلها فقط فقال مالك تؤكل وقال أشهب لا تؤكل وان ألقيت في ماء بارد فقد قال سحنون لا تؤكل وان ألقيت في ماء حار أكلت وروى عن مالك تؤكل في الوجهين فقول مالك مبنى على أن ما صنع مما لا تعيش معه انه ذكاة فيها وقول أشهب مبنى على أنه انما تكون الذكاة بما يتعجل به موتها وما يتأخر به موتها وتغيب به فليس بذكاة لها وأما أخذه فهل يكون ذكاة أم لا المشهور من المذهب أنه لا يكون ذكاة له خلافا لسعيد بن المسيب والدليل على ما نقوله أن هذا صيد يفتقر الى ذكاة فلم يكن مجرد أخذه ذكاة أصله الطير (فرع) اذا ثبت ذلك فحكم الحزون حكم الجراد قال مالك ذكاته بالسلق أو يغرز بالشوك والابر حتى يموت من ذلك ويسمى الله تعالى عند ذلك كما يسمى عند قطع رؤس الجراد وقد قال الشيخ أبو بكر العقرب والخنافس من احتاج الى التداوى بشئ منها فليقطع رؤسها ثم يتداوى بها ان شاء الله تعالى ص * مالك عن نافع عن رجل من الانصار عن سعد بن سعد ابن معاذ أن ابن معاذ عن

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن رجل من الانصار عن سعد بن سعد ابن معاذ أن ابن معاذ عن

لكعب بن مالك كانت ترى غنمها بسلع فأصابت شاة منها فأدركتها فذكها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها * ش قوله أن جارية لكعب بن مالك أكثر ما تستعمل العرب هذه اللفظة في المملوكة ولذلك أضافها إلى كعب بن مالك إضافة ظاهرها الملك وكانت هذه الجارية ترى غنم الكعب بن مالك بسلع جبل من جبال المدينة فأصابت شاة منها يحتمل أن يكون نزل بها ذلك من أمر الله تعالى فذكها الجارية بحجر وفي ذلك بابان أحدهما صفة ما يذكي به من الحجارة وقد تقدم ذكره والباب الثاني في صفة الذابح المؤثرة في الذكاة وهو الدين وسبأ في ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى وأما الرق فليس بمؤثر في الذكاة فجوز ذكاة العبد على كل حال وأما الصغير والآنثى ففي كتاب ابن المواز عن مالك تكره ذبيحة الصبي والمرأة من غير ضرورة وفي المدونة عن ابن القاسم تجوز ذكاة المرأة من غير ضرورة ولا بأس بذكاة الصبي إذا أطاق الذبح وروى أكثره عن مالك قال ابن حبيب محتونا كان الصبي أو غير محتون وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يعتبر فيه الدين باعتبار فيه الأنوثة والذكورة والبوغ والامانة وجه رواية المدونة أنه معنى لا يعتبر فيه الرق فلم يعتبر فيه الأنوثة كالبيع والشراء والطبخ (فرع) فإذا قلنا بكر أهية ذبيحة المرأة فهل تكره ذبيحة الخصى حكى الشيخ أبو اسحق ثوكل ديبته ولم يذكر كراهيته وروى أشهب عن مالك في العينية لا أحب ذبيحة الخصى فإن فعل أكلت وجه ذلك عندى أنه نحو الأنوثة والله أعلم (فرع) ولا تجوز ذبيحة السكران ولا المجنون إذا لم يعقلارواه ابن وهب عن مالك في المبسوط زاد ابن وهب عن مالك في المبسوط ولا ذبيحة المجنون لا يعرف الصلاة ووجه ذلك أن كل واحد منهما لا تنصح منه النيابة في الذكاة وذلك معتبر في صحتها والله تعالى أعلم وأحكم (فرع) ولا تؤكل ذبيحة المرتد وإن ارتد إلى يهودية أو نصرانية رواه ابن حبيب قال ولا تؤكل ذبيحة من يدع الصلاة ولا ذبيحة من يضيعها ويعرف بالثاؤون بها ونحو ذلك إلى أنه ارتداد قال وكذلك قال من كاشفت من أصحاب مالك عنه في جميعه ص * مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس أنه سئل عن ذبايح نصارى العرب فقال لا بأس بها وتلاهذه الآية ومن يتولم منكم فانه منهم * ش قوله في ذبايح نصارى العرب لا بأس بها أجراه في ذلك مجرى نصارى العجم فان ذبايح النصارى وغيرهم من أهل الكتاب مباحة لنا بقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم فاعلم ان ذبايح نصارى العرب مباحة أيضا ولم يتعلق صلى الله عليه وسلم بقوله وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم أما ان هذه الآية لم تكن زلت بعد أو لانها عامة يحتمل أن تكون عامة في جميع أهل الكتاب ويحتمل أن تكون خاصة في العجم وان كان الأظهر عمومها فأظهر التعلق بما هو خاص في العرب أو فبين * خطوب بهذه الآية وهم المنافقون وكانوا عربا ومقتضى الآية انه من يتولى أهل الكتاب من العرب فانه منهم لان المتولى لأهل الكتاب المخاطبين بهذه الآية يجب أن يكونوا غير أهل الكتاب المتقدم ذكرهم من العجم فحكم تعالى بانه منهم وذلك يوجب أن يكونوا من أهل الكتاب وذلك يقتضى أن يكون حكمهم حكم أهل الكتاب في الذبايح وغيرها فإذا كانت ذبايح أهل الكتاب من العجم مباحة فكذلك ذبايح أهل الكتاب من العرب لان الأنساب لا تؤثر في ذلك وإنما تؤثر فيه الأديان (مسئلة) وإذا علمت ان من دينه النصرانية ممن يستبيح الميتة فلا تأكل من ذبيحته إلا ما شهدت ذبحه ووجه ذلك انه إنما يستباح من ذبيحته ما وقع على وجه الصحة والمسلم أصبح ذبيحة وهذا حكمه فاذا علم انه لم يماقتل الحيوان على الوجه الذي لا يبيح أكله وجب الامتناع

لكعب بن مالك كانت ترى غنمها بسلع فأصابت شاة منها فأدركتها فذكها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها * وحدثنى عن مالك عن ثور بن زيد الديلي عن عبد الله بن عباس انه سئل عن ذبايح نصارى العرب فقال لا بأس بها وتلاهذه الآية ومن يتولم منكم فانه منهم

من كل مامات على يده من الحيوان الآن يعلم ان ذكاته وجدت منه على وجه الصحة لما يتوقع
 ان يكون حلول ذلك منه على وجه القتل المنافي للاباحة قال مالك سواء كان ذميا او حريا
 (فرع) قال محمد وكره مالك ما ذبحوا للكتابين أو لعيسى أو لخبريل أو لأعيادهم زاد ابن
 حبيب أو الصليب من غير تحريم وأما ما ذبح للآصنام فيحرم لقول الله تعالى وما ذبح على النصب
 وقال ابن حبيب في كل ما ذبح لأعيادهم وكنائسهم تعظيم لشركهم قال وقد قال ابن القاسم
 في النصيراني بوصى بشي من ماله للكنيسة فيباع لا يحل للمسلم شراؤه لما في ذلك من تعظيم شرائعهم
 ومشرية مسلم سوء (مسألة) وما ذبحه اليهود مما لا يستباحون أكله مما ذكر الله في كتابه من
 قوله تعالى وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر قال ابن حبيب هل الابل وجر الوحش والغنم
 والأوز والليس مشقوق الخف ولا منفرج القائمة فهذا لا يحل أكله بذبحهم ووجه ذلك ان الذكاة
 مفقورة الى النية والقصد وهم لا يصح ذلك منهم لانه عندهم لا يستباح بالذكاة (مسألة) وما حرم
 عليهم من شحوم الحيوان الذي يستباحونه وذلك قوله تعالى في البقر والغنم حرمنا عليهم شحومها
 قال ابن حبيب هي الشحوم المجملة الخالصة مثل الثروب والكشاء وهو شحم الكلى وما لصق
 بالظنبه وشبهها من الشحوم المحضة التي لم تختلط بعظم ولا لحم وأما قوله تعالى إلا ما حلت ظهورها
 ما يغشى اللحم من الشحم على الظهر وسائر الجسد وما اختلط منه بلحم أو عظم وأما الخوايا فهي
 المباعر ويقال لها بنات اللبن والعرب تسميها المرائم فكل ذلك من الشحم داخل في الاستثناء
 قال ابن حبيب ما كان من هذا محرما بنص التنزيل فلا يحل لنا أكله بعينه ولا كل ثمنه وما لم يكن
 محرما عليهم في التنزيل مثل الطريف وشبهه فانه مكره أكله أو كل ثمنه قال وهذا قول مالك
 وبعض أصحابه وحكى القاضي أبو محمد ان شحوم اليهود المحرمة عليهم بمكرهه وعند مالك
 ومكرهه عند ابن القاسم وأشبه وقد روى عن مالك وقال أبو حنيفة والشافعي هي مباحة غير
 مكرهه ووجه رواية التحريم ان هذه ذكاة يعتقدها شرها تحريم بعضها وتحليل بعضها فوجب
 أن يستباح بها ما يعتقده تحليله دون ما يعتقده تحريمه كالمسلم يعتقده استباحة اللحم دون الدم ووجه
 رواية منع التحريم ان هذا مذك يجوز أكل لحمه ما ذك في جازأ كل لحمه كالمسلم وأما الطريف
 ففي المدونة كان مالك يجيز أكله ثم كرهه قال ابن القاسم وأرى أن لا يؤكل فظاها لفظ ابن القاسم
 المنع جملة ولو حمل على التحريم لمابعد ووجه جواز ذلك انه قصدا الى استباحة أكله لان ما تحبده
 عليه من الوجه المانع له من أكله لا يظهر الا بعد تمام الذكاة فصحت قصده الى اباحته ووجه رواية
 المنع ان هذه ذبيحة منع منها الذابح بالشرع فنع منها غيره كالمحرم قال مالك وتؤكل ذبيحة السامرية
 صنف من اليهود لا يؤمنون بالبعث (فرع) ونهى المسلمون عن الشراء من جزاري اليهود
 ونهى اليهود عن البيع منهم فمن اشترى منهم من المسلمين فهو رجل سوء ولا يفسخ شراؤه الآن
 يشتري من اليهود مثل الطريف وشبهه مما لا يأكلونه فيه فسح على كل حال رواه ابن حبيب عن
 مطرف وابن الماجشون (مسألة) ولا تؤكل ذبائح الصابئين وليس بحرام كتحريم ذبائح المجوس
 وقد حرم الحسن وسعيد بن جبير ذبائحهم ونكاح نسائهم وقيل انهم بين المجوسية والنصرانية
 (مسألة) لا تؤكل ذبائح المجوس وليسوا أهل كتاب ولو ولي مسلما ذبيحته فقد اختلف فيها
 فأجازها ابن سيرين وعطاء وكره ذلك الحسن قال ابن المواز انما يكره أكلها اذا قال للمسلم اذبحها
 لنا رنا أو لصفنا فأما لو تصيف به مسلم فأمره بذبحها لئلا كل منها فذلك جائز وان أعدها لغيره ص

ما لك انه بلغه أن عبد الله بن عباس كان يقول ما فرى الأوداج فكلوه * ش قوله ما فرى
الأوداج يحتمل معنيين أحدهما صفة الآلة التي يذبح بها فيقول ان ما كان من الآلات على هذه
الصفة وجب أن تسبح به الذكاة وهذا ظاهر اللفظ والمعنى الثاني أن يريد به ما بلغ من ذكاته إلى
فرى الأوداج فانه قد كملت ذكاته وحصلت أبحاثه ولعله قد ترك ذكر الخلقوم لما كان المعلوم في
الأغلب لا تفرى الأوداج إلا بعد فرى الخلقوم وقال مالك في المدونة ان الذكاة تفرى الخلقوم
والودجين فان قطع الودجين دون الخلقوم أو الخلقوم دون الودجين لم تتم الذكاة هذا حقيقة المذهب
وقال الشافعي في الذكاة تقطع الخلقوم والمرى وهو البلعوم والاعتبار بالودجين والدليل على
ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ما أنهر الدم وذكرا سم الله فكل وانهار الدم أجراؤه
وذلك لا يكون الا بقطع الأوداج لانها مجرى الدم وأما المرى فليس بمجرى الدم وانما هو مجرى
الطعام وليس فيه من الدم الا اليسير الذي لا يحصل به الانهار ودليلنا أيضا ما روى أن عبد الله بن
عباس قال باعتبار الودجين ولا يخالف له من الصحابة ولا نعلم أحدا منهم قال باعتبار المرى ودليلنا
من جهة المعنى ان الذكاة مبنية على فرى ما كان فريه أسرع موتا لانه أخف على الحيوان والودجان
أسرع في ذلك من المرى لان المرى يدخل الطعام ويفضي الى الفم بقطعه أحداث مدخل آخره
بقرب الاول فليس بمقتل في نفسه وأما الودجان فان نهايتهما متصلة بالجسم وهما مجرى الدم لا يتصل
بعد انقطاعهما فقطعهما مقتل ولذلك يقال في الذبيحة تشخب أوداجها وما ولاذ كر لرى في ذلك
فكان ما قلناه أولى اتباعا ونظرا (فرع) وأما الخلقوم فيجرى النفس وهو من المذبح فان قطع
جميعه مع الودجين تمت الذكاة فيه وان قطع بعضه فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الذباجة
والعصفور والحمام اذا أجهز على أوداجه وحلقه أو ثلثيه فلا بأس بذلك وقاله ابن حبيب وزاد وان لم
يقطع منه الا اليسير فلا يجوز وقال سحنون لا يجوز ذلك حتى يجهز على جميع الخلقوم والأوداج
وجه قول سحنون ان هذا معنى تتعلق به الذكاة فوجب أن يكون حكمه الاستيعاب كالودجين
وجه قول ابن القاسم ان الذكاة محلها الودجان وانما تتعلق بالخلقوم على معنى التبع فاذا قطع
أكثره مع استيعاب الودجين فقد كملت الذكاة (فرع) ولو قطع الخلقوم واحدا والودجين فقد
قال ابن حبيب لا تؤكل وظاهر لفظ المدونة يقتضي أنها لا تؤكل لانه قال لا تؤكل حتى يقطع الخلقوم
والودجين وقال الشيخ أبو اسحق ان بقي شيء من الودجين لم تؤكل ووجه ذلك تعلق الذكاة بهما
فلم يكن بد من استيعابهما

* وحدثنى عن مالك
أنه بلغه أن عبد الله بن
عباس كان يقول ما فرى
الأوداج فكلوه

(فصل) وقوله فكلوه تبين أن قوله ما فرى الأوداج انما أراد به الفعل دون الآلة فكأنه قال كل
ذبح أود ذكاة تبلغ فرى الأوداج فانه قد أباح كل ما ذكر به وفي الكلام تجوز لرجوع ضمير
المأكل على الفعل والمعنى ما ذكرناه والله أعلم (فرع) ومن نفع الذبيحة ومعناه أن يقطع
نخاعها عند ذبحها فقد قال ابن حبيب ان فعل أى أكل ذبحها يريد انه فعل ذلك من ذبحها فقد
أساء وهي تؤكل وان كان نخاعها في ذبحه يريد لمن يفصل بينهما فان فعل ذلك ليد سبقت فهي
تؤكل قاله مالك في ذلك كله وان تعمد ذلك من غير جهل فقد قال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل
وقال أصبغ وابن القاسم تؤكل في العمد والجاهل ولا أقول بقولهما وجه القول الاول ما احتج به من
انه ترك سنة الذبح فهو كالعابث بذيبيته ووجه القول الثاني أن ما زاد من النخاع انما وجد بعد تمام
الذكاة المبيحة كالتعمد بسلخها وقطع أعضائها بعد أن أكمل ذكاتها وقبل أن يزهق نفسها ص

✽ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ما ذبح به اذابض فلا بأس به اذا اضطررت اليه ✽ ش قوله ما ذبح به اذابض على ما قدمناه من أن الآلة يجب أن تكون على صفة تبضع ولا تكون مما تكسر أو تهشم الأوداج بقوة دون حدة ولا تكون مما يبرد كالمجل المضرس (فصل) وقوله اذا اضطررت اليه دليل على أنه قصد الاخبار عن غير الحديد وأما الحديد الذي على هذه الحال فهو الذي يذبح به في حال الاختيار واما شرط الضرورة في الذبح لغير الحديد لان الحديد المحكم أسرع قطعاً وأقل الماء أيضاً فإنه أخبر عن المعتاد من أحوال الناس بأنه لا يكاد يستعمل شيء من ذلك الا عند عدم الحديد والله أعلم وفي المدونة عن ابن نافع أنه لما يذبح بذلك اذا لم يوجد غيره وقال ابن كنانة عن مالك الشفرة أحب إلى اذا وجدت فاذا ذبح مع وجود الشفرة جاز ورواه عيسى عن ابن القاسم

✽ ما يكره من الذبيحة في الذكاة ✽

ص ✽ مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي مرة مولى عقيل بن أبي طالب أنه سأل أباه ريرة عن شاة ذبحت فتعرك بعضها فأمره أن يأكلها ثم سأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال ان الميتة لتتعرك ونهاه عن ذلك ✽ وسئل مالك عن شاة تردت فتكسرت فأدركها صاحبها فذبحها فسال الدم منها ولم تتعرك فقال مالك ان كان ذبحها ونفسها تجري وهي تطرف فليأكلها ✽ ش قوله عن شاة ذبحت فتعرك بعضها لا يخلو من ثلاثة أحوال أن تكون صحيحة أو تكون مكسورة أصابها ذلك الكسر فعولت بالذبح فتعرك بعضها أو يكون بها مرض نخيف عليها الموت فعولت فأما ان كانت صحيحة ليس بها شيء فان كان الذابح قد صادفها وهي مستجمعة الحياة وهو الذي راعى في صحة الذكاة فلا خلاف نعمه في صحة كاتها وابطاحها كلها وقاله مالك (مسئلة) وأما ان أصابها كسراً ونحوه فانتهاه مما أصابها الى حد الموت وشبه مما يأس فيه من حياتها فذبحها فطرقت بعد الذبح بعينها أو استفاض نفسها أو حركت ذنبها أو ركضت برجلها فقد اختلف أصحابنا فيه فروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأصبغ أنها تؤكل وهو في المختصر من رواية ابن القاسم عن مالك وعن ابن الماجشون وابن عبد الحكم لا تؤكل ورواه ابن عبد الحكم عن مالك وجه قول ابن القاسم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمخنقة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم فاستثنى من ذلك كله ما أدركت ذكاته لان المعنى والله أعلم وما كل السبع منه لان ما كل السبع جميعه فقد فانت عينه فلا يقال فيه أنه حلال ولا حرام لعدمه وقد قال القاضي أبو اسحق المعنى تحريم ما كل السبع لفوات الذكاة فيه ومعنى قوله تعالى الا ما ذكيتم لكن ما ذكيتم مما لم يأكل السبع وليس باستثناء مما تقدم قال وهذا كقوله تعالى طه ما أنزلنا عليك القرآن لتشقى الا تذكرة لمن يخشى تقديره ولكن تذكرة لمن يخشى ✽ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أن الوجه الاول أظهر والله أعلم ومن جهة المعنى ان هذه أدركت ذكاتها وبها بقية من حياتها فجازاً كلها كالريضة ووجه رواية ابن عبد الحكم ما احتج به الشيخ أبو بكر في نصرته هذه الرواية ان معنى المخنقة والموقوذة والمتربة والنطيحة التي لم تمت بعد ولوا راد التي ماتت لا غنى عن ذلك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وأراد بقوله الا ما ذكيتم الا ما أدركتموه بصفة ما يدركى وأما ما بلغ أن لا ترجى حياته في الأغلب فلا يدركى وان أدرك حيالاً تلك ليست بحياة ولا حكمه حكم الحي ومن

✽ وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ما ذبح به اذابض فلا بأس به اذا اضطررت اليه ✽ ما يكره من الذبيحة في الذكاة ✽

✽ وحدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي مرة مولى عقيل بن أبي طالب أنه سأل أباه ريرة عن شاة ذبحت فتعرك بعضها فأمره أن يأكلها ثم سأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال ان الميتة لتتعرك ونهاه عن ذلك ✽ وسئل مالك عن شاة تردت فتكسرت فأدركها صاحبها فذبحها فسال الدم منها ولم تتعرك فقال مالك اذا كان ذبحها ونفسها تجري وهي تطرف فليأكلها

جهة المعنى ان هذا لا ترجى حياته فلم تجزذ كانه أصل ذلك ما أنفذت مقاتله قال والفرق بين هذه وبين المريضة فيها حكاه الشيخ أبو بكر لنصرة قول ابن عبد الحكم وروايته عن مالك أن المتردية والنطيحة طرأ عليها ما الاغلب منه الموت فلا تعلم ان الذكاة أفادت نفسها لا تأنحاف أن يغلب على الظن ان الذي أفادت نفسها ما نزل بها وليس كذلك المريضة فانه لا يطرأ عليها شيء ويظن بها من أجله الموت فكان الاظهر ان الذكاة أفادت نفسها كالصبيحة وكذلك اذا أدركت حياتها طاهرة فانها تؤكل سواء كانت مما يرجى بقاء حياتها أم لا

(فصل) وسؤال السائل لما لك عن شاة تردت فتكسرت التردى اذا كان منه كسر يؤدي الى ثلاثة أحوال أحدها ان تنفذ المقاتل وهي خمسة متفق عليها انقطاع النخاع وهو عند ابن القاسم وأصبع ومالك من رواية ابن القاسم عن مالك في العتبية الشحم الأبيض الذي في وسط فقار العنق والظهر والثاني انتشار الدماغ والثالث فرى الأوداج والرابع انفتاق المصران والخامس انتشار الخشوة واختلاف أصحابنا في اندقاق العنق من غير انقطاع نخاعه فروى ابن الماجشون ومطرف عن مالك ان ذلك من المقاتل وروى ابن القاسم عن مالك انه ليس بمقتل حتى يقتل به انقطاع نخاعه فهذه المعاني متى حصلت من ترد أو ما أشبهه فقد فادت الذكاة وان ظهرت حياته بعد الذبح لان ما وصل الى هذا الجسد فقد استحال دوام حياته وانما حركته بعد ذلك من باب اضطراب الميت وتحركه عند فوات نفسه (مسئلة) والحال الثانية أن ينكسر منها عضو ويرجى بقاء حياتها سواء رجى ان يجبر ما ينكسر منها أو يئس منه فهذا لا خلاف أيضا في جواز ذكاتها لانها ترجى حياتها كالتى لم تنكسر (مسئلة) والحال الثالثة ينفذ مقاتلتها الا انها مع ذلك قد بلغت مبلغا لا يشك في انه لا تبقى حياتها ويشك في ذلك فان هذا اختلف قول مالك فيها وأصحابه في صحة ذكاتها على ما تقدم * ولهذا المعنى اختلف جواب أبي هريرة وزيد بن ثابت ولعلهما انما ساهلا في هذه المسئلة ولذلك قال زيد ان الميتة لتتحرك يريد عند موتها فاذا لم يتيقن ان الذكاة صادفت حياة كاملة لا يحمل أكلها عنده وقد تقدم ذكر الخلاف فيه وسنفرده بابا ان شاء الله

(فصل) وقول السائل في شاة كسرت ان ذبحها فسال الدم منها ولم تحرك فقال مالك في جوابه ان ذبحها ونفسها تجري وهي تطرف فليأكلها وذلك يحتمل وجهين أحدهما ان يريد بذلك اذا أدركها الذكاة ونفسها تجري وعينها تطرف فقد أدرك الذكاة لا ذكاة حياتها سواء سال الدم أو لم يسال وقد قال ابن القاسم وابن كنانة في المريضة اذا اضطربت أكلت وان لم يسال دمها والوجه الثاني أن يكون جوابه مبني على سؤال السائل فيكون معناه ان التي سال دمها اذا ذبحها ونفسها تجري وهي تطرف فليأكلها فجواب عن الذبيحة التي يجتمع فيها الأمران سيلان دمها دون الحركة وعلى الوجهين فلم يعتبر اليأس من حياتها وقد تكلمنا على ادراك الحياة ونحن نتكلم على المعاني التي يستدل بها على ادراك الحياة وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم انها قال لا للحياة علامات يستدل بها وهي خمس علامات سيلان الدم والطرف بالعين وجريان النفس وتحريك الذنب والركض بالرجل فاما سيلان الدم فان كانت صحيحة فذبحها فسال دمها ولم تحرك فقد قال مالك تؤكل ولا يمكن عندى في الصحة ان تحرك ولا يسيل دمها فلامعنى لذكره (مسئلة) وأما المكسورة فاذا جلت قول مالك على انه أراد التي سال دمها ونفسها تجري وعينها تطرف فليأكلها فجمع بين جري الدم والحركة لان جريان النفس وطرف العين من باب الحركة ولو

انفرد سيلان الدم لم أر فيه نصلاً صحابنا والأظهر عندي على أصول أصحابنا انه لا يجوز أن كلها لان
مالك كان كأن أراد بجوابه في مسألة السائل إضافة جوابه الى سؤال السائل في سيلان الدم فانه
لا يبيح أن كلها إلا بان يسيل دمها وتقرن بذلك حركتها بالنفس أو طرف العين وان قلنا انه أعرض عن
سؤال السائل في سيلان الدم واستأنف الجواب فانه لم يعتبر بسيلان الدم لما لم يكن له تأثير عنده فيها
وراعى الحركة خاصة فلا تؤثر كل المكسورة التي تنفرد بسيلان الدم ولو انفردت الحركة دون سيلان
الدم لم أر فيه نصاً * قال الامام أبو الوليد رحمه الله وعندى انها تحتل الخلاف الذي تقدم بين ابن
القاسم وابن عبد الحكم في التي يئس من بقاء حياتها أو شك في ذلك ولكنها أدركت بالذكاة حياتها
فيقال على رواية ابن القاسم انه يجوز أن كلها كالمريضة ويقال على رواية ابن عبد الحكم انه لا يجوز
أن كلها ويفرق بينها وبين المريضة بما تقدم (مسألة) وأما المريضة فقد قال مالك إذا سال دمها وتجررت
بعد الذبح فانه تأتوكل وان لم يكن ذلك لم تأتوكل إلا أن تكون منها الحياة بينة بالنفس البين أو العين
تطرف فان كان أراد بقوله وان لم يكن ذلك لم يكن سيلان الدم ولا الحركة ولكن وجه دليل الحياة
بالنفس المتردداً والعين تطرف فهذا بين في ان الحركة الدالة على ذلك تدفع الأكل دون سيلان الدم *
وقد قال ابن القاسم وابن كنانة اذا اضطربت أكلت وان لم يسيل دمها وأمان سال دمها ولم تتحرك
ففي كتاب محمد فان كانت صحيحة فانه تأتوكل وأما المريضة فان كان نفسها يجري وحركتها تعرف فانها
تؤكل * قال محمد ويعرف ذلك بحركة الرجل والذنب قاله زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب قال محمد
والعين تطرف أو يستفيض نفسها في جوفها أو منعرها فان هذه الحركات ما كان منها عندهم
الشفرة بعلقتها فانها تأتوكل فظاهر هذا اللفظ ان المريضة مخالفة للصحيحة وان الصحيحة تأتوكل
بسيلان الدم خاصة وان المريضة لا تأتوكل بذلك حتى يقترب بها أحد هذه الأربع وعطف الشيخ
أبو محمد لهذه الأقوال بعضها على بعض دليل على ان حلقها على الوجه الذي تأولناه عليه ففي هذا ان
الحركة عنده أقوى في بقاء الحياة من سيلان الدم لان الحركة من أسباب الحياة وأحكامها وأما
سيلان الدم فانه انفصال بعض أجزاء الجسم من بعض

* ذكاة ما في بطن الذبيحة *
* حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أنه كان يقول اذا
نحرت الناقة ذكاة ما في
بطنها في ذكاتها

(فصل) وقول مالك ان ذبحها ونفسها يجري وهي تطرف معنى جريان نفسها تردده على حسب
التنفس فأما خروج الریح من الجسد عند الموت فليس من جريان النفس وسؤال السائل لما لك
عن عدم الحركة بعد تمام الذكاة فالظاهر ان مالكاً أجابه ان عدم الحركة بعد تمام الذكاة لا يمنع صحتها
اذا صادفت نفسها يجري وعينا تطرف حين الذكاة وقد روي في المدينة عن عبد الرحمن بن دينار انه
قيل لابن نافع فلو أن سباعاً حلت على شاة فاستنقذتها منه فذبحتها وهي تطرف فلما فرغت من ذبحها لم
يتحرك منها شيء فقال اذا ذبحتها ونفسها تجري وهي تطرف فلا بأس بأكلها فبين ان قوله انما كان لان
الاعتبار بالحركة بعد الموت غير صحيح وانما يعتبر بما ذكره من النفس الذي يجري والعين التي
تطرف حال الذبح وقد قال ابن حبيب ان الحياة تعرف بحركة الرجل أو الذنب أو العين تطرف أو
النفس تستفيض في جوفها أو منعرها فان هذه الحركات الأربع كان منها عندهم الشفرة على
حلقها ير يد مع سيلان الدم في المريضة فانه تأتوكل

* ذكاة ما في بطن الذبيحة *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول اذا نحرت الناقة ذكاة ما في بطنها في ذكاتها

إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه * مالك عن زيد بن أسلم عن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ذكاة مافي بطن الذبيحة في ذكاة أمه إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره * ش قوله رضي الله عنه إذا نحررت الناقة فذكاة مافي بطنها ذكاة مافي بطنها ومعنى ذلك أنه إذا تم خلق الجنين ونبت شعره فان ذكاة أمه ذكاة له وحينئذ هو مما يصح أن يؤكل بالذكاة وقال أبو حنيفة لا يؤكل وقد تعلق أصحابنا في ذلك بأحد حديثي استباحت به صاح ولا تثبت والدليل على ذلك من جهة القياس أن هذا حكم ثبت في الأم فوجب أن يثبت في الجنين كالهبة والبيع ولا يلزم على هذا ما لم يثبت شعره لأن ذلك ليس بحج ولا تكون الذكاة إلا بعد حياة وقال الشافعي يؤكل وإن لم يثبت شعره وقال القاضي أبو محمد وغيره من أصحابنا إن الأشعار دليل على نفخ الروح فيه وما لم يثبت شعره فليس بحج بعد فلا يستباح بذكاة وهو مذهب ابن عمر والدليل على ما نقوله أن كل ما لا يستباح أكله إلا بالذكاة فإن الذكاة لا تعمل فيه مع عدم الحياة أصله الامهات (مسئلة) إذا ثبت ذلك فلا يجزأ أن يخرج من الأم بعد ذكاتها أو في حال حياتها فان خرج بعد ذكاتها فلا يجزأ أن يكون مما ترجى له الحياة لترك أو يشك في ذلك أو يئأس منه فان وجدت له حياة باقية في المدينة عن مالك لا يؤكل إلا بذكاة تخصه وكذلك لو شك في حياته رواه عيسى عن ابن القاسم في المدينة ومعنى ذلك أن هذا في حكم المولود فلا يؤكل إلا بذكاة تخصه فان خرج ولم ترج حياته أما لأنه قدامت أولان حياته ضعيفة فانه يستحب ذبحه فان لم يذبح وغفل عنه حتى مارأ كل قاله مالك في المدينة والعتبة وقال عيسى بن دينار في المدينة أحب إلى في التي ذكبت أن لا يؤكل ما استخرج من بطنها حي إلا بذكاة ونحوه روى ابن المواز عن مالك ووجه الرواية الأولى أن هذا قد كملت ذكاته بذكاة أمه لأنه حي بها فكان كعضو من أعضائها ولما كان مما ينفصل عنها بالولادة وينفرد بالحياة استحب مباشرة بالذكاة ووجه الرواية الثانية مراعاة الخلاف في ذلك فقد روى عن عيسى بن سعيد الأنصاري لا يحل أكله إلا أن يموت قبل خروجه بعد ذكاه أمه وقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط إذا خرج يتحرك استحب ذبحه فان سبقهم بنفسه فأنأ كره أكله فنحاه إلى الكراهية وهو الاظهر لما فيه من الخلاف والله أعلم (مسئلة) وأما أن خرج في حال حياة أمه أزلقته فان كان مثله يحيا ويعيش فلا بأس بأكله إذا ذكرى رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبة ووجه ذلك أنه قد كمل نباته فوجب أن يستباح من الذكاة بما يستباح به غيره الكبير وإن كان مثله لا يعيش أو يشك فيه فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم لا يؤكل وإن ذكرى وقاله في المدينة ابن نافع وابن كنانة ووجه ذلك أن موته بالازلاق وليس بذكاة له ولا غيره

(فصل) وقوله وذلك إذا تم خلقه ونبت شعره على ما قدمنا من أن ذلك دليل على نفخ الروح فيه وأنه مما يصح أن يذكى لأن ما لم تكن فيه حياة لا تأثير للذكاة فيه وقوله تم خلقه يعني أنه كمل منه ما ظهر أنه يكون عليه من الخلقة وأما لو خلق ناقص بدأ ورجل وتم خلقه على ذلك لم يمنع من نقص منه من ذكاته وأباحه أكله

(فصل) وقوله فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه وقوله هذا ذكاة أمه دليل على أنه بذلك تتم ذكاته فيحتمل بعد ذلك أن يكون أمره بذبحه على الاستحباب ليصير له حظ من مباشرة الذكاة على ما تقدم ويحتمل أن يريد بذلك خروج الدم من جوفه على ما تقدم فيخرج منه ما يحتمل فيه للامتنع ذلك من أكله من غير تفصيله وتقطيعه

إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره فاذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه * وحدثني عن مالك عن زيد بن عبد الله ابن قسيط الليثي عن سعيد ابن المسيب أنه كان يقول ذكاة مافي بطن الذبيحة في ذكاة أمه إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الصيد)

ترك أكل ما قتل المعراض والحجر

ص * مالك عن نافع انه قال ربيت طائرين بحجر وأنا بالجرف فأصبتهما فأما أحدهما فمات فطرحه
عبد الله بن عمر وأما الآخر فذهب عبد الله يذكيه بقدم فمات قبل أن يذكيه فطرحه عبد الله
أيضاً * ش قوله ربيت طائرين يحتمل أن يكون خرج متصيداً فراهما في حال تصيده ويحتمل
أن يكون جالساً في مقعده أو متصرفاً في بعض شأنه حتى رآهما ممكنتين فرماه فأما الخروج للتصيد
فإن كان على وجه الالتذاذ به فقد ذكره مالك لأنه معنى يلهمي عن ذكر الله وعن الصلاة وأما من اتخذه
مكسباً أو قرم إلى اللحم غنياً كان أو فقيراً فلا بأس به رواه ابن حبيب عن مالك وفي العتية من رواية
حسين بن عاصم عن مالك لا أرى لاحد صيد البر إلا لاهل الحاجة الذين عيشهم ذلك ووجه قول
مالك أن هذا انما قصد اللحم وتحصيل الصيد وذلك مباح لقوله تعالى ليبلونكم الله بشئ من الصيد
تناله أي يذكيهم ورماحكم وقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكليين إلى قوله مما أسكن عليكم قال ابن
حبيب معناه بما صعدن لكم وأما الذي يخرج إلى الصيد تلذذاً فليس غرضه في الصيد وإنما غرضه في
الالتذاذ بطلبه والأخذله خاصة دون الانتفاع بلحمه في أكل أو بيعه بشئ وذلك ممنوع لما قدمناه والله
أعلم قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أنه استعجب الصيد لمن سكن البادية
ويقولهم من أهل ولا غنى بهم عنه وكره لاهل الحواضر ورأى خروجهم إليه من السفه والخفة وهذا
غير خارج عما قدمناه من قول مالك لأن الكلام الأول متوجه إلى ما يأخذ الانسان به في نفسه
والكلام الثاني في عذر الناس للتصيد مع قوله انه خرج لما أراد احراز الصيد ولم يقصد اللذة فالظاهر
أن أهل البادية محتاجون إلى ذلك ومعتادون له فلا يغنيهم ذلك وأهل الحواضر يندر ذلك فيهم مع
قلة انتفاعهم به وحاجتهم إليه بما يجدونه من ادم الحواضر والمجازر فلا يعذرون بما يدعون من
مقصدهم والله أعلم (مسئلة) وأما صيد الحيتان في العتية من رواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم
أن صيد البحر والانهار عندي أخف الذوى المروآت والمال من صيد البر وكان رأيته لا يرى به بأساً
(فصل) وقوله ربيت طائرين بحجر يحتمل أن يكون رى الطائرين بحجر واحد وقصد إلى أصابتهما
به ويحتمل أن يكون رى كل واحد منهما بحجر غير الحجر الذي رى به الآخر فيكون معنى قوله
ربيت طائرين بحجر أي هذا الجنس مما يرى به ويصاد ويحتمل أن يكون رى به أحدهما فأصابه
ثم أخذ ذلك الحجر فرمى به الطير الثاني فأصابه وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في صفة السلاح
الذي يرى به أو يضرب به * والباب الثاني في صفة الرمي أو الضرب * والباب الثالث في صفة
الرمي أو المضروب والباب الرابع في منتهى فعل الرمية والضربة

الياب الاول في صفة الآلة

ما يصاد به من السلاح على ضربين أحدهما له حد كالرمح والسهم والسيف والسكين مما له حد
تجوز به الذكاة والثاني ما لا حد له كالمعراض والبندقية والحجر الذي لا حد له وغير ذلك مما لا حد له
لا تجوز به الذكاة فيحتمل أن يكون الحجر الذي رى به نافع مما له حد ويحتمل أن يكون مما لا حد له
وهو الأظهر لما فعله عبد الله بن عمر من طرحه الطائرين حين لم يدرك ذكاهما ولو كان الحجر مما له

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد

ترك ما قتل المعراض

والحجر

* حدثني يحيى عن مالك

عن نافع انه قال ربيت

طائرين بحجر وأنا بالجرف

فأصبتهما فأما أحدهما فمات

فطرحه عبد الله بن عمر

وأما الآخر فذهب عبد الله

بذكيه بقدم فمات قبل

أن يذكيه فطرحه عبد

الله أيضاً

حدوا وأصاب بجمده وجرح لكانت تلك ذكاة تتبع كل الطائر وان لم تدرك ذكاتها وقدر واه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم في رمى الصيد بالحجر الذي مثله يذبح فقطع رأس الصيد وهو ينوى اصطياده قال لا يعجبني أكله اذ لعل الحجر قطع رأس الصيد بعرضه وهذا يحتمل أن يكون فيما شك فيه من أمره فليس له أكله لانه لا يثيقن ذكاته ولو كان علم انه أصابه بجمده لجازله أكله

﴿ الباب الثاني في صفة الرمي أو الضرب ﴾

وذلك عند ما لك نوع من الذكاة فيجوز أن تكون الذكاة ممن تجوز ذكاته وعلى صفة تصح بها الذكاة فيحتاج أن ينوى الرامي أو الضارب الاصطياد وفي المدونة عن مالك فيمن رمى صيدا بسكين فقطع رأسه وقد نوى اصطياده فلا بأس بأكله وان كان لم ينو اصطياده برميته فلا بأس أكله ووجه ذلك ان ما اعتبر فيه صفة الفاعل فانه يعتبر فيه نيته كالذبح والوضوء والصلاة وغيرها من العبادات وكذلك لو رمى صيدا فأصاب غيره لم يجز له أكله ولو أصابه وأصاب غيره بعده أكله دون الذي أصاب بعده لمعنى النية في ذلك والله أعلم

﴿ الباب الثالث في صفة المرمى أو المضروب ﴾

وهذا يراعى فيه صفتان احدهما أن يكون التوحش والثاني أن يكون من الامتناع بصفة ما لا يتمكّن من ذكاته فأما الصفة الأولى فالأصل في ذلك قول الله تعالى ليلوكنكم الله بشئ من الصيد الآية فعلى أى وجه نالته ما حان يجب أن يجعل لنا الا ما خصه الدليل وسواء كان متوحشا على أصله أو تأنس ثم استوحش بعد ذلك والوجه فيه ما قدمناه والدليل على ذلك أن هذا مستوحش الجنس متمتع فجاز أن يذكى بالرمي كالذى لم يتأنس قط (مسئلة) وأما الصفة الثانية وهى الامتناع من الذكاة المعهودة فيه فهى العلة فى اباحتها ما ذكر قال فى الصيد ولم تمكن منه بائخان الجراح له أو بحالة أو غيرها لم تجز ذكاته الا بما يذكى به الانسى لأن علة الامتناع قد عدمت وهاتان الصفتان مؤثرتان فى العمل لافى النية لأن العمل بنفرد بهادون النية

﴿ الباب الرابع فى منتهى فعل الرمية والضربة ﴾

الرمية أو الضربة لا تخالو أن تنفذ المقاتل أو لا تنفذها فان أنفذتها فقد كملت فيها الذكاة وهو على ضربين أحدهما أن يبين بهما من الحيوان جزء والثاني أن لا يبين بهما شئ فان بيان بهما منه جزء فان كان انما قطع الصيد بنصفين فانه يؤكل جميعه زاد النصف الذى مع الرأس أو نقص وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ان قطع الثلث مما يلى الرأس أكل جميعا وان قطع الثلث مما يلى الفخذ أكل الثلثان اللذان يليان الرأس ولم يؤكل الثلث الباقي قال القاضى أبو الحسن وهذا ينبغي أن يفصل فاذا قطع الرأس أكل الجميع لأنه مقتول لا محالة فان كان الذى قطع منه سوى الرأس يتوهم أن يعيش منه بعد قطعه فان الذى بان منه لا يؤكل ويؤكل الباقي مثل أن تقطع يدا أو رجلا فان اليد أو الرجل لا تؤكل لأنه يتوهم عيش الحيوان بعدها ويؤكل الباقي سواء مات من العقر الاول أو غيره وقال الشافعى ان مات من العقر الاول أكل جميعه وما بان منه وان كان لم يميت حتى رماه رمية أخرى فانه يؤكل الحيوان كله ولا يؤكل ما بان منه من يدا أو رجل هذا الذى حكاه القاضى أبو الحسن فى هذه المسئلة هو القياس غير أنه قد روى ابن المواز عن ربيعة ومالك فيمن رمى صيدا فأبان وركبه مع نخذه فانه لا يؤكل ما بان منه ويؤكل باقى وهذا مما لا يتوهم أن يعيش بعده وقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه اذا ضرب به نخذل وركبه أنه يؤكل جميعه ولو أبان نخذه ولم تصل الى الجوف

فلا يؤكل ما أبان منه ويؤكل ما بقي قال ابن حبيب ومعنى ذلك أنك إذا ضربته على العجز فصار
عجزه في حيز الأسفل وقد قطعت من جوفه فكأنك قطعت وسطه فعلى قول ابن القاسم وتفسير
ابن حبيب انما يراعى أن يكون في معنى القطع بنصفين وذلك بأن يصل القطع إلى شيء من الجوف
وعلى جواب ابن المواز يراعى أن يكون الأكثر في حيز الأسفل وعلى تعليل القاضي أبي الحسن أن
ينقطع منه ما لا تتوهم حياته دون فكه أنه قد أنفذ مقاتله وبصر به تلك فكانت ذكاة الجميع (مسئلة)
إذا ثبت أنه لا يؤكل اليد البائنة وما أشبهها من الأعضاء التي يصح بقاء الحيوان دونها فإن معنى ذلك
أن يبين المقطوع منه أو يكون في حكم البائن وقد قال ابن حبيب إن ما يتعلق بالجلد أو ييسر من
اللحم فلا يؤكل وإن كان مما يجري فيه الروح على هيئته فإنه يؤكل ونحوه قال ابن المواز غير أنه لم
يذكر يسير اللحم ووجه ذلك أنه إذا تعلق به تعلقا بجيا بجياته ويسرى إليه منه فإنه من جلة الجسد
يذكرى بذكاته وإذا لم يتعلق إلا بالجلد والشئ اليسير الذي لا تسرى إليه به الحياة فإنه لا يذكرى بذكاته
كالمنفصل (مسئلة) وأما إذا أنفذ المقاتل ولم يبق منه جزء فإنه يستحب له أن يذكرى به فإن لم يفعل
جازاً كله لسكال الذكاة فيه بما يذكرى به مثله من محد السلاح وأما إذا لم ينفذ مقاتله فسيأتى بيانه
بعنهذا إن شاء الله

(فصل) وقوله أما أحدهما فأتى فطره يريد أنه مات بنفسه الضربة أو قبل إدراكه فهذا قد
فأتى فيه الذكاة على ما ذكرناه من أنه أصابه بجرح لا حذله أو بجرح له حد فلم يثبت له أنه أصابه
بعده وكذلك لو أصابه بجرح لا حذله لم يجز حرمه فأتى قبل أن يذكرى به فإنه لا يؤكل وقد قال مالك وأصحابه
في الذي يضرب الصيد بالسيف فيقتله ولا يجرحه وقال أشهب يؤكل وسواء علم على هذا إن هذا
فأتى بالموت أو نفذت مقاتله لأن الذكاة فأتى فيه

(فصل) وقوله وأما الآخر فذهب عبد الله بن كعب بن قيس فأتى قبل أن يذكرى به فطره لا يخفى أن يكون
فأتى ذكاته لتأخير ذلك مع التمكن من تعجيلها أو يكون فأتى لأنه لم يكن يتمكن من الذكاة فيه
لسرعة موته فإن فأتى للتأخير وكان ضربه بعرض حجر على ما قدمناه فأنفذ مقاتله أو لم ينفذها فلا
يجوزاً كله لأنه موقوذة ولو ضرب به بجرح لا حذله فأتى للتأخير مع التمكن من تعجيل
الذكاة فيه لم يجزاً كله لأنه كان مقدوراً على ذكاته فلا يستباح كله بغير ذكاته كالأنسى ولومات
قبل التمكن من ذكاته من غير تفریط ولا تأخير لجازاً كله لأنه غير مقدور عليه ولو ضرب به فأنفذ
مقاتله لاستحب له أن يذكرى به وإن لم يفعل جازاً كله لسكال الذكاة فيه بما يذكرى به مثله من محد السلاح
والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا يلبسواكم الله بشئ من الصيد إلى قوله تعالى فله عذاب أليم
قال الإمام أبو الوليد رحمه الله فالظاهر عندي من الآية أن ماتت له أيدينا هو المقدور عليه وانما يذكرى
بما يذكرى به المقدور عليه المتمكن من ذكاته والذي تناله رماحنا هو غير المقدور عليه قد كاته من
السلاح بالرماح وما أشبهها وسيأتى بعد هذا شئ من ذكر الآية في باب ما قتل بالمعروض فعلى هذا يحتمل
أن يتأول فعل عبد الله بن عمر في أمر الطائرين والله أعلم ص مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد كان
يكره ما قتل المعروض والبندقة ش قوله كان يكره ما قتل المعروض يريد بعرضه والله أعلم لأنه
وقيد الأصل في ذلك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة إلى قوله تعالى والموقوذة والمتروية والموقوذة
هي المضروبة بالأحذله وقد بين ذلك بما روى عن عدي بن حاتم ثم قال سألت النبي صلى الله عليه
وسلم عن صيد المعروض فقال ما أصاب بجرحه فكله وما أصاب بعرضه فهو الوقيد فالمعروض عصار

* وحدثنى عن مالك أنه
بلغه أن القاسم بن محمد
كان يكره ما قتل المعروض
والبندقة

في طرفها حديدية يرى الصائد بها الصيد فإذا أصاب بجده فهو وجه ذكاته فانه يؤكل وما أصاب بعرضه فانه وقيد فلا يؤكل الآن تدرك ذكاته لما قدمناه في صفة ما يرمى به من انه يجب أن يكون محددا (فصل) وقوله والبندقية يحتمل أن يريد به ما اجتمع في قتله المعراض والبندقية مثل أن يرمى بهما جميعا في وقت واحد فيعلم انه من الضربتين مات أو لا يعلم من أيهما مات فهذا لا يؤكل سواء أصابه المعراض بعرضه أو وحده لانه قد أعانت في ذكاته آله لا يدركي بثلبها كما لو اشترك في قتل الصيد الكلب والحباله أو كلبان أحدهما لم يرسل ويحتمل أن يريد بذلك أن ينفرد المعراض بالقتل أو تنفرد البندقية بالقتل فلي هذا لا يؤكل ما انفردت البندقية بقتله وينظر الى ما قتله المعراض فاقتله بجده أو كل وما قتل بعرضه لم يؤكل ص * مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب كان يكره أن تقتل الانسية بما يقتل به الصيد من الرمي وأشباهه * ش قوله كان يكره أن تقتل الانسية بما يقتل به الصيد لا يخالف من أحد حاليين أحدهما حال امكانها والثاني حال امتناعها فاما في حال امكانها فلا خلاف في ذلك وأما في حال امتناعها بالتوحش فقد قال مالك وأصحابه انه لا يجوز ذلك فيها وانما يجوز أن يجلس بالزمن والطعن والضرب وغير ذلك من العرقه وغيرها ما لم تنفذ بشئ ومن ذلك المقاتل وقال أبو حنيفة يجوز وحكمها حكم الصيد والدليل على ما نقله ان هذا حكم ثبت لهية الأنعام فلم يخرج عنه بالتوحش أصل ذلك وجوب الذكاة فيها واجزأؤه لها في الضحايا والهدايا (مسألة) وأما ما تناس من الوحش ثم استوحش فانه يرجع الى أصله فيحل أكله بالصيد قاله مالك وحكاة عنه ابن حبيب في أيام واليعاقب وجميع الطير الذي أصله التوحش ص * قال مالك ولا يرى بأسا بما أصاب المعراض اذا خسق وبلغ المقاتل أن يؤكل * ش ومعنى ذلك أن يكون بجده وطرفه المحدد كطرف العصا وكذلك قال ابن القاسم في المدونة فيمن رمي صيدا بعود أو عصا فخرق فانه يؤكل لانه نفذ بطرفه كطرف الرمح * قال الامام أبو الوليد وهذا انما يصح عندى فيما يكون محددا الطرف فأما ما لم يكن محددا الطرف فانما خرقه هشم ورض وقد أشار الى هذا ابن حبيب وقال مالك في المدونة فيمن رمي بجرجر أو بندقية فخرق أو بضع وبلغ المقاتل انه لا يؤكل وليس ذلك بخرق وانما هو رض وقد روى عدى بن حاتم قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض فقال ما أصاب بجده فخرق فكله وما أصاب بعرضه فهو وقيد فلا تأكله ص * قال مالك قال الله عز وجل يا أيها الذين آمنوا ليلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم قال فكل شئ ناله الانسان بيده أو برمح أو بشئ من سلاحه فأنفذه وبلغ مقاتله فهو صيد كما قال الله تعالى * ش قوله ليلونكم الله بشئ من الصيد الآية يدل على اختصاص هذا الحكم بالمؤمنين من هذه الآية لانه لم يخاطب بها سواهم ولا أضيف الا الى أيديهم ورماحهم

(فصل) قوله بشئ من الصيد يدل على اباحته في الجملة وإطلاقه وهو على ثلاثة ضرب ضرب يفعله المتصيد على وجه الحاجة اليه للتكسب والاستغناء به وضرب يفعله على وجه الحاجة الى أكل لحمه مثل الغنى عنه وضرب يفعله على وجه اللهو والراحة فأما ما يفعل على وجه الحاجة للتكسب ولا كل لحمه فلا خلاف في اباحته دون كراهية فيه رواه ابن حبيب عن مالك وأما الصيد لله وفكره مالك ونهى عنه ورآه سفها ولم يجز قصر الصلاة فيه رواه عنه ابن المواز وابن حبيب ص * مالك انه سمع أهل العلم يقولون اذا أصاب الرجل الصيد فأعانه عليه غيره من ماء أو كلب غير معلم لم يؤكل ذلك الصيد الا أن يكون سهم الرامي قد قتله أو بلغ مقاتل الصيد حتى لا يشك أحد في انه هو قتله وانه

* وحدثني عن مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب كان يكره ان تقتل الانسية بما يقتل به الصيد من الرمي وأشباهه * قال مالك ولا أرى بأسا بما أصاب المعراض اذا خسق وبلغ المقاتل أن يؤكل قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم فكل شئ ناله الانسان بيده أو برمح أو بشئ من سلاحه فأنفذه وبلغ مقاتله فهو صيد كما قال الله تعالى * وحدثني عن مالك انه سمع أهل العلم يقولون اذا أصاب الرجل الصيد فأعانه عليه غيره من ماء أو كلب غير معلم لم يؤكل ذلك الصيد الا أن يكون سهم الرامي قد قتله أو بلغ مقاتل الصيد حتى لا يشك أحد في انه هو قتله وأنه

لا يكون للصيد حياة بعده * ش وهذا كما قال انه اذا أعان الصائد على صيده غيره مما ليس
كالة للصيد فلم يدركه انه مات من فعل الصائد أو من فعل المعين لم يجزأ كل ذلك الصيد وقال ابن
حبيب نحوه ووجه ذلك ان الصيد يحتاج الى نية كانه كاه وتراعى فيه صفة الفاعل والآلة كانه كاه
فاذا رمى الصائد على شاقه فتردى فوجده ميتا فان كان سهمه قد أنفذ مقاتله قبل ترديه فقد
تمت ذكاته فلا يحرمه ترديه بعد ذلك وان كان لم ينفذ مقاتله برميته لم يجزأ كانه لانه لا يدري أمن
رميته مات أو من ترديه قاله مالك (مسئلة) ولورماه بسهم فسقط في ماء فعلى حسب ذلك ان
تيقن انفذ السهم مقاتله برميته فهو جائز وان شك في ذلك لم يجزأ كانه لعل انما قتله الماء وليس بالآلة
الصيد روى ذلك ابن المواز عن مالك والأصل في ذلك ما رواه عد بن حاتم أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال اذا وقعت رميتك في ماء فغرق فلاتأكل معنى ذلك والله أعلم أن تكون وقعت في الماء
ولم تنفذ رمية مقاتله ولذلك اعتبر الغرق لان الغرق بهما بمعنى الموت ولو أنفذ السهم مقاتله لم يراع
الموت والله أعلم وكذا لو أعان كلبه على الصيد كلبا آخر لم يرسله (مسئلة) ومن رمى صيدا بسهم
مسهوم فقد قاتل مالك في العتبية والموازية لا يؤكل لعل السهم أعان على قتله وأخاف على من أكله
* قال الامام أبو الوليد وهذا عندى اذا لم ينفذ مقاتله السهم فان أنفذ مقاتله فقد ذهب علة واحدة
وهو خوفه أن يعين على قتله السهم وبقيت علة ثانية وهي مخافته على آكله فلا يجوز حينئذ أن
يأكله أنفذ السهم مقاتله أو لم ينفذها فان كان من السهموم التي تؤمن ولا يتقى على أكل الصيد منها
شيء كالبقلة فقد ارتفعت العلتان وجازأ كانه على رواية ابن القاسم وفيه نظر على أصل ابن نافع
مراعاته أن ينفذ السهم المقاتل قبل أن يسقط في الماء وان سقط في الماء ثم أنفذت فيه مقاتله لم يجز
عنده أكله فعلى هذا يتحرر الكلام في المسئلتين ص * قال وسمعت مالكا يقول ولا بأس بأكل
الصيد وان غاب عنك مصرعه اذا وجدت به أثر من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت فاذا بات فانه يكره
أكله * ش قوله لا بأس بأكل الصيد وان غاب عنك مصرعه وهذا يحتاج الى تقسيم وتفصيل وذلك
ان الكلب أو السهم اذا أنفذ مقاتل الصيد بمشاهدة الصائد ثم تحامل الصيد وغاب عنه فقد كملت
ذكاته فلا يؤثر في ذلك مغيبه عنه ولا ميبته * قال القاضي أبو الحسن وهذا الذي أراد مالك رحمه الله
(مسئلة) وان لم ينفذ السهم ولا الكلب مقاتله حتى غاب عنه ثم وجده ميتا فقد قال القاضي أبو
الحسن اذا كان مجتدا في الطلب حتى وجده على هذه الحالة فانه يجوز أكله وان تشاغل عنه ثم
وجده ميتا فانه لا يجوز أكله وحكى نحوه ابن حبيب عن أصبغ وروى يحيى بن يحيى عن ابن
القاسم اذا توارى الصيد مع الكلب فوجده قد قتله ان لم ير بالقرب صيدا يشككه ان الذي قتل
غير الذي أرسل عليه فانه حلال وان شك فلا يؤكل ومعنى ذلك أن لا يميز الصيد الذي أرسل عليه
ويكون بالموضع من الصيد ما يشك به في قتل الذي أرسل عليه وهذا شك في عين الصيد وما ذكرناه
أولاً شك في صفة قتله وقال بعض الشافعية اذا زال عن عينه وهو في غير حكم المذبوح فلا يجوز
أكله والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا أرسلت كلبك المعلم
فذكرت الله عز وجل وقتل فكل

(فصل) وقوله اذا وجدت فيه أثر من كلبك أو كان به سهمك يريدان الظاهر اذا كان به أثر كلبه أو
وجد فيه سهمه انه الصيد الذي أرسل عليه ما لم يدخل عليه شك من وجود صيد بقر به يشك به ان
الذي فيه أثر كلبه أو سهمه غير الذي أرسل عليه فلا يأكله حينئذ على ما تقدم

لا يكون للصيد حياة بعده
* قال وسمعت مالكا يقول
لا بأس بأكل الصيد وان
غاب عنك مصرعه اذا
وجدت به أثر من كلبك أو
كان به سهمك ما لم يبت
فاذا بات فانه يكره أكله

(فصل) وقوله ما لم يبت عنه فاذا بات عنه كرهه كله ولا يخلو أن يكون اصطاده بجراح أو سهم فان كان بالجراح فبات الصيد عنه وقتله الجوارح بعد أن غاب فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يؤكل وبه قال الشافعي وحكي القاضي أبو محمد عن مالك في الصيد بالكب أنه يؤكل وإن بات عنه سواء كان صاحبه يطلبه أو لا يطلبه وقال أبو حنيفة إن كان صاحبه لم ينقطع حل كله وإن كان قد تشاغل عنه لم يحل كله وجه الامتناع من أنه ما ذكره أصحابنا أن الحيوان انتشرا بالليل فاذا بات عنه جوز أن يكون ما ينتشر من السباع وغيره بالليل قتله دون كلبه فلا يجوز أن كله وإن كان يجوز مثل هذا بالنهار إذا غاب عنه أكثر النهار إلا أنه ينذر بالنهار ويكثر بالليل فالحكم للغالب دون النادر ووجه الرواية الثانية أن مغيب الصيد عن الصائد لا يمنع إباحته أصله مغيبه بالنهار (مسئلة) وأما إن صاد بسهم فبات عنه فالذي روى ابن القاسم عن مالك لا يؤكل صا بكب أو سهم أو غير ذلك وقال أصبغ إن بات عنه فوجد فيه أثر سهمه وقد أنفذت مقاتله فليأكله وأما أثر البازي والكلب فلا يأكل وإن كان مقتلا وقد تقدم وجه الرواية الأولى وأما الرواية الثانية فوجهها ما أخرجه البخاري من حديث عمر بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وإن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس فيه إلا أثر سهمك فكل فان وقع في الماء فلا تأكل ومن جهة المعنى ما قاله القاضي أبو محمد أن الفرق بين أثر السهم والجراح أن السهم يوجد في موضعه فاذا لم يوجد فيه أثر غيره علم أنه مات منه وأما الجوارح فإن آثارها كآثار غيرها من السباع لا تميز منها فصار في هذه المسئلة ثلاث روايات ورواية القاضي أبي الحسن أنه يؤكل ما فات سواء صيد بسهم أو كلب ورواية ابن القاسم لا يؤكل ما بات سواء صيد بسهم أو كلب وقول أصبغ يؤكل ما بات مما صيد بسهم ولا يؤكل من ذلك ما صيد بجراح والله أعلم

﴿ ما جاء في صيد المعلمات ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمر أنه كان يقول في
 الكلب المعلم كل ما أمسك
 عليك أن قتل وإن لم يقتل
 * وحدثني عن مالك أنه
 سمع نافعاً يقول قال عبد
 الله بن عمر وإن أكل وإن
 لم يأكل

﴿ ما جاء في صيد المعلمات ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول في الكلب المعلم كل ما أمسك عليك أن قتل وإن لم يقتل * مالك أنه سمع نافعاً يقول قال عبد الله بن عمر وإن أكل وإن لم يأكل * ش قوله في الكلب المعلم كل ما أمسك عليك يريد المعلم للصيد والأصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلين إلى قوله واذكروا اسم الله عليه وماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعدي بن حاتم إذا أرسلت الكلاب المعلمة وذكرت اسم الله فكل ما أمسك عليك وفي هذا ثلاثة أبواب * أحدها في صفة الجراح الذي يصح الاصطياد به * والباب الثاني في صفة المعلم منه * والباب الثالث في معنى الامساك على الصائد

﴿ الباب الأول في صفة الجراح ﴾

فأما صفة الجراح الذي يصح أن يصاد به فهو كل جراح يمكن أن ينهم التعليم من ذوات الأربع كالكلب والقط والفهد والثعلب ومن الطير كالبازي والصقر والباشق والشاءين والشندانيق والعقاب وغير ذلك وعلى هذا إمامة الفقهاء وقوله مالك وأبو حنيفة والشافعي وهو مذهب ابن عباس وروى عن عبد الله بن عمر أنها قال لا يحل الاصيد الكلب وأما صيد سائر الجوارح من الطير وغيرها فلا يحل صيدها وقال الحسن البصري يجوز صيد كل شيء الا صيد الكلب الأسود البهم وبقال الخعي وابن حبان وابن راهويه والدليل على ما نقله قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلين

وهذا عام في كل جارح من الكلاب وغيرها لأن معنى مكليين مسطين وأضافه إلى الصائد ليعلم أن ذلك من فعله وهو التعليم والتسليط قاله ابن حبيب وقال الفضل بن مسامة التكليل تعليم الكلاب الصيد ودليلنا من جهة القياس أن هذا من الجوارح المعادة فجاز الاصطيا به كالكلب

﴿ الباب الثاني في صفة الكلب المعلم ﴾

أما صفة الكلب المعلم فهو أن يفهم الزجر والاشلاء وليس من شرطه أن لا يأكل عند مالك وأصحابه وهو شرط في تعلمه عند أبي حنيفة والشافعي وبالقول الأول قال سمان القارسي وسعد بن أبي وقاص وعلى بن أبي طالب وابن عمر وأبو هريرة وقد استدلت شيوخنا في ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم قالوا فابق بعد الاكل فهو مما أمسكن علينا ودليلنا من جهة القياس أن قتل الجارح ذكاة يفسد الصيد بها فلا يفسد أكله منه أصل ذلك إذا ذبح وتعلق من منع ذلك بما روى عن الشعبي عن عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وإن قتل فإن أكل فلا تأكل فأنما أمسك على نفسه وهذا الحديث صحيح فلا خذ به واجب غير أنه عام فحمل على الذي أدرك ميتاً من الجري أو الصدم فأكل منه فإنه قد صار على صفة لا يتعلق بها الأرسال ولا الإمساك علينا بين هذا التأويل أنه قد قال صلى الله عليه وسلم ما أمسك عليك فكل فإن أخذ الكلب ذكاة والحديث وإن كان أخذه المعتاد ذكاة ومعنى الذكاة أن تيسر أكل المذكي فلا يفسد ما وجد بعد ذلك من أكل وغيره كالأذبح الصائد ثم أكل منه الكلب ويحتمل أن يراد بقوله صلى الله عليه وسلم فإن أكل فلا تأكل إلا أن يوجد منه غير مجرد الأكل دون إرسال الصائد ويكون قوله فإن أكل فلا تأكل كل مقطوعاً عما قبله والله أعلم وإنما ذكرنا الحديث ووجه تأويله لا نكار من أنكر على مالك مخالفته ابن عمر في أن مالك لم يخالفه وإنما تأوله على وجه سائق وقياس جلي

﴿ الباب الثالث في معنى الإمساك ﴾

أما معنى الإمساك علينا فقد قال القاضي أبو الحسن إن معناه أن يمسك بارسالنا وهو على أصولنا بين لأن الكلب لانيته ولا يصح منه ميز هذا وإنما يصيد بالتعليم وإذا كان الاعتبار علينا بأن يمسك عليه أو على نفسه وكان الحكم يختلف بذلك وجب أن يتميز ذلك بنية من له نية وهو مرسله فإذا أرسله فقد أمسك عليه وإذا لم يرسله فلم يمسك عليه وقال أبو حنيفة معنى قوله تعالى مما أمسكن عليكم مما صدن لكم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الكلب إذا لم يرسله الصائد وصاد بارساله فلا يؤكل ما قتل والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وفيه فإن وجدت مع كلابك أو كلبك كلباً غيره فخشيت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل وإنما ذكرنا اسم الله على كلبك ولم تذكره على غيره (مسئلة) وإذا انشلي الكلب بنفسه على الصيد ثم أعان الصائد بالاشلاء فقد قال مالك في المدونة لا يؤكل وهو قول الشافعي قال القاضي أبو الحسن وقد روى عن مالك أنه يؤكل وبه قال أبو حنيفة وجه القول الأول أن الاعتبار بأول انبعائه يدل على ذلك أنه لو أرسل مسلم كلباً على صيد فانبعث بذلك فأغراه مجوسى لما منع ذلك من أكله ولو أرسله مجوسى ثم أغراه مسلم ما أكل صيده قال القاضي أبو الحسن ووجه القول الثاني أن باشلائه تمادى على الصيد فوجب أن يطرح ما كان من جريه قبل ذلك فلا يعتبر به لأنه لم يكن على قصد قاصد أرسله (مسئلة) فإن أرسله على صيد فصاد غيره فقتله لم يؤكل وقال أبو حنيفة

والشافعي يؤكل والدليل على ما نقوله أن هذا صيد لم يرسل عليه فلم يحل أكله أصله إذا انبعث من غير إرسال (مسئلة) إذا ثبت أن الصيد يحتاج أن يعتبر بالنية فإنه يجوز أن يعتبر ذلك في جماعة يراها الصائد أو يرى بعضها ولا يرى شيئاً منها ونحصر بموضع لا تحتلط بغيره في الأغلب كالغار فيه الصيد يرسل جرحه وينوى جميع ما فيه هذا هو المشهور عن مذهب مالك وأصحابه وقال أشهب لا يصح إرساله الأعلى ما يراه جرحه إلا إرساله وأما ما يراه إذا كان الموضع مما لا ينحصر ولا يمنع من دخول غيره من الصيد إليه كالغيضة والجوبة من الأرض فقد جوز الإرسال على ما فيها أصبغ ومنع منه ابن القاسم وأشبغ ويتخرج القولان من قول مالك وهذه المسئلة على ثلاثة أضرب وأقوال أحكامها فيها على ثلاثة مذاهب * فذهب ابن القاسم أنه يجوز الإرسال على ما يراه إذا أمن من امتزاج غيره به كالغار ولا يجوز إذا لم يأمن من ذلك كالغياض * ومذهب أصبغ يجوز الإرسال على ما في جهة معينة سواء كانت مما يصل إليها صيد غير ما فيها كالغياض أو مما لا يصل إليه كالغار * ومذهب أشهب أنه لا يجوز أن يرسل الأعلى ما يراه وأما الإرسال على غير تعيين مثل أن يرسله على كل صيد يقوم بين يديه فلا خلاف في المذهب أن ذلك لا يجوز لعدم التعيين كما لو أرسله ونوى كل صيد في العالم ولم ينو شيئاً

(فصل) وقوله وان قتل وان لم يقتل يريد وان قتل فانه يؤكل لان قتله على ما تقدم ذكاه إذا أخذه الأخذ المعتاد فجرحه فأت من جرحه من غير تفریط من صاحبه أو أنفذ مقتله * وأما ان قتله بالصدم أو الضغط فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة لا يؤكل وبه قال أبو حنيفة * وروى محمد بن أشهب يؤكل وبه قال ابن وهب والشافعي في أحد أقواله * وجه قول مالك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة إلى قوله إلا ما ذكيتم وهذه نطيحة لم تذك فلا يجوز أكلها ومن جهة المعنى أن هذه آلة الصيد فإذا قتلت من غير جرح لم تؤكل أصل ذلك السهم والمعرّض * ووجه قول أشهب حديث عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل وان قتل ولم يفرق بين أن يجرح أو لا يجرح * ومن جهة القياس أن هذا صيد مات بفعل الجارح فجاز أكله أصل ذلك إذا جرحه * فاما إذا مات من غير أن يدركه فقد قال ابن الموزان قول مالك وأصحابه أنه لا يؤكل ولا نعلم في ذلك خلافاً في المذهب

(فصل) وان لم يقتل معنى ذلك أن لم يقتل فأدركت ذكاه قد كينه لان ذكاه المقدور عليه هي الذكاه المعهود وأما إذا لم يقدر على ذكاه حتى قتله الكلب سواء أدركه أو لم يدركه فإنه يجوز أكله لان قتله على هذا الوجه ذكاه

(فصل) وقوله وان أكل وان لم يأكل هو مذهب عبد الله بن عمر وذلك أن كل الكلب من الصيد إنما هو بعد قتله وقد أجمع الفقهاء على أن قتله ذكاه قال مالك وأصحابه فلا يضرمطر أبعد ذلك من قتله كما لا يضرمطر أكلها بعد تمام ذكائها ص * مالك أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد فقال سعد كل وان لم يبق إلا بضعة واحدة * ش ظاهر السؤال عن الكلب المعلم يقتل الصيد هل يبيع ذلك أكله أو لا يبيعه فأجابته سعد بقوله كل وان لم يبق إلا بضعة وليس في السؤال ذكر الأكل غير أن معناه أن يقتله الصيد على الوجه المخصوص فقد كملت ذكاه فلا يضرمطر بعد ذلك ما حدث على الصيد فكل ما وجدت منه وان لم يبق منه إلا بضعة واحدة بأكل الكلب أو غيره لان ذكاه قد كملت ص * مالك أنه سمع بعض أهل العلم يقولون

* وحدثني عن مالك أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد فقال سعد كل وان لم يبق إلا بضعة واحدة * وحدثني عن مالك أنه سمع بعض أهل العلم يقولون

في البازي والعقاب والصقر وما أشبه ذلك انه اذا كان معلما يفقه كاتفقه الكلاب المعلمة فلا بأس
بأكل ما قتلت مما صادت اذا ذكر اسم الله على ارسالها * ش قوله في البازي والعقاب والصقر
اذا كان معلما يفقه كاتفقه الكلاب المعلمة يؤكل ما قتلت وقد تقدم ان جميع الجوارح التي تفهم
التعليم يؤكل ما قتلت * وقد قال ابن حبيب تعليم السكبان تدعو فيجيب وتشليه فيشلي وتزجره
فيزجر وكذلك الفهود وأما البراة والصقر والعقبان فان تعجب اذا دعيت وتشلي اذا أشليت ولا
تزدجر اذا زجرت لان ذلك لا يمكن فيها قاله ربيعة وابن المجاشون * وكان ابن القاسم يقول في
البراة انها كالكلاب تعجب عند النداء وتنفقه الزجر وأما ما لا يفقه الزجر من سائر الحيوان فلا يجوز
أكل ما قتل من الصيد الا أن تذكر ذكاته * روى ذلك ابن حبيب عن مالك في النمر * وروى
عيسى عن ابن القاسم في المدينة ان كان لا يفقه فلا يؤكل صيده * قال الشيخ أبو اسحق وماجري
مجرى ما ذكر مما يصاد به فهو جارح وان كان سنورا أو ابن عرس * وجه ذلك أن جنس ما يفقه
التعليم اذا كان منه غير معلم لا يجوز أكل ما قتل فبان لا يجوز أكل ما قتل النمر الذي جنسه
لا يفقه التعليم أولى

(فصل) وقوله لا بأس بأكل ما قتلت مما صادت يريد ما تناولته على وجه الاصطياد بمن يصاد بها
اذا أشليت من غير أن يرسلها أو أرسلها فلم يقتل على وجه الاصطياد وذلك أنها لم تتبع الصيد بلاشلاء
بل رجعت عنه واشتعلت بغيره أو وقتلته صدماً أو نطحا على مذهب ابن القاسم فان هذا ليس وجه
الاصطياد المعتاد

(فصل) وقوله اذا ذكر اسم الله تعالى على ارسالها ظاهر هذا اللفظ يقتضي ان التسمية شرط في
حصة الاصطياد كما هي شرط في حصة الذكاة * وقد قال ابن القاسم في المدونة من ترك التسمية في
الصيد عامدا لم يؤكل صيده * ويجري في التسمية في الصيد من الخلاف ما تقدم في الذبيحة وقد تقدم
هنالك من الكلام ما يغني عن اعادته * وما يختص بهذا الباب قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم
واذكروا اسم الله عليه فأمر بذلك الله تعالى على الصيد والأمر يقتضي الوجوب * ومن جهة السنة
ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم اذا سميت فكل والافلاتا كل وكذلك
ارسال السهم والرمي بالرمح والضرب بالسيف يلزم فيه من التسمية ما يلزم في ارسال الجارح لان
الذكاة انتقلت منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان التسمية تلزم حين ارسال الكلب على ما قاله في
موطنه في قوله اذا ذكر اسم الله تعالى عند ارسالها * ووجه ذلك انه ربما قتل فيكون ذلك ذكاته
فان قدر على الصيد بعد ذلك ولزمته ذكاته كان عليه أن يسهى عند ذكاته أيضا ولم أر في ذلك نصا غير
أن ارسال الكلب هو ابتداء ذكاة ما قتل لانه قد تعيب حين القتل ولا يعلم به فلا يمكن التسمية
حينئذ فشرعت التسمية حين ارساله فان لم يقتل انتقلت ذكاته الى الذكاة المعهودة فلزمت اعادة
التسمية وأيضا فان التسمية لزمت عند ارسال الجارح لانه فعل الصائد * وما بعد ذلك فاما هو فعل
الكلب وحينئذ يلزم الصائد أن ينوي دون وقت قتل الكلب فاذا أخذ ولم يقتل فقد تعين عليه فعل
آخر وهو الذكاة ونية أخرى فلزمت اعادة التسمية كالزمن تجديد النية والله أعلم ص * قال مالك
وأحسن ما سمعت في الذي يتخلص الصيد من مخالب البازي أو من في الكلب ثم يتربص به فموت أنه
لا يحل أكله * قال مالك وكذلك كل ما قدر على ذبحه وهو في مخالب البازي أو في الكلب فيتركه
صاحبه وهو قادر على ذبحه حتى يقتله البازي أو الكلب فانه لا يحل أكله * قال مالك وكذلك الذي

في البازي والعقاب
والصقر وما أشبه ذلك اذا
كان يفقه كاتفقه الكلاب
المعلمة فلا بأس بأكل ما
قتلت مما صادت اذا ذكر
اسم الله على ارسالها * قال
مالك وأحسن ما سمعت
في الذي يتخلص الصيد
من مخالب البازي أو من
الكلب ثم يتربص به
فموت أنه لا يحل أكله
* قال مالك وكذلك كل
ما قدر على ذبحه وهو في
مخالب البازي أو في
الكلب فيتركه صاحبه
وهو قادر على ذبحه حتى
يقتله البازي أو الكلب
فانه لا يحل أكله * قال مالك
وكذلك الذي

يرى الصيد فينالته وهو حي فيفرط في ذبحه حتى يموت فانه لا يحل أكله * ش وهذا كما قال ابن الجراح اذا أخذ الصيد فأدركه صاحبه سالما فلا يجزأ أن يقدر على ذكاته أو لا يقدر فان قدر على الذكاة بان ينزعه منه فيذكيه أو يذكيه في أفواهها أو تحتها لزمه ذلك وانتقلت الذكاة الى الصائد فان لم يفعل ذلك وتركها حتى قتله فانه لا يجزأ أكله ووجه ذلك انه صار مقدور عليه ممكنا من ذكاته فلا يجزأ أن يؤكل بقتل الجراح كالمستأنس المقدور عليه وكذلك لو شغل عن ذكاته بانحراج السكين من متاعه أو انتظاره غلامه به حتى قتله الجوارح فانه لا يجزأ أكله لانه مقدور عليه (مسئلة) وان لم يقدر على ذكاته حتى فاضت نفسه أو غلبته الكلاب عليه فقتله فانه يؤكل وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يؤكل والدليل على ما نقوله قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وهذا مما أمسكت الجوارح علينا ودليلنا من جهة السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم اذا أرسلت كلابك المعلمة وقد كرت اسم الله فشكل وان قتلن ودليلنا من جهة القياس انه حيوان مستوحش غير مقدور عليه فكان ذكاته بعقر الجوارح أو آله الصيد كالذي لم يدركه حيا (فصل) وقوله وكذلك الذي يرى الصيد فينالته وهو حي فيفرط في ذبحه حتى يموت فانه لا يحل أكله وحكمه في ذلك حكم صيد الجوارح فاذا رمى الصيد بسهم أو رمح أو ضر به بسيف فلم ينفذ مقاتله وصار بماله منه مقدور عليه فان الذكاة قد انتقلت الى أصلها فعليه أن يذكيه فان فرط في ذلك أو تأخر أو تشاغل بشئ مما قد منازكره حتى مات فقد فانت ذكاته ولا يحل أكله ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المسلم اذا أرسل كلب المجوسى الضارى فصاد أو قتل انه اذا كان معاما فأكل ذلك الصيد حلال لأبأس به وان لم يذكيه المسلم وانما مثل ذلك مثل المسلم يذبح بشفرة المجوسى أو يرى بقوسه أو بنبله فيقتل بها فصيده ذلك وذبيحته حلال لأبأس بأكله واذا أرسل المجوسى كلب المسلم الضارى على صيد فأخذه فانه لا يؤكل ذلك الصيد الا أن يذكيه المسلم ونبله يأخذه المجوسى فيرمى بها الصيد فيقتله أو لشفر لمسلم يذبح بها المجوسى فلا يحل أكل شئ من ذلك

يرى الصيد فينالته وهو حي فيفرط في ذبحه حتى يموت فانه لا يحل أكله * ش وهذا كما قال ابن الجراح اذا أخذ الصيد فأدركه صاحبه سالما فلا يجزأ أن يقدر على ذكاته أو لا يقدر فان قدر على الذكاة بان ينزعه منه فيذكيه أو يذكيه في أفواهها أو تحتها لزمه ذلك وانتقلت الذكاة الى الصائد فان لم يفعل ذلك وتركها حتى قتله فانه لا يجزأ أكله ووجه ذلك انه صار مقدور عليه ممكنا من ذكاته فلا يجزأ أن يؤكل بقتل الجراح كالمستأنس المقدور عليه وكذلك لو شغل عن ذكاته بانحراج السكين من متاعه أو انتظاره غلامه به حتى قتله الجوارح فانه لا يجزأ أكله لانه مقدور عليه (مسئلة) وان لم يقدر على ذكاته حتى فاضت نفسه أو غلبته الكلاب عليه فقتله فانه يؤكل وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يؤكل والدليل على ما نقوله قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وهذا مما أمسكت الجوارح علينا ودليلنا من جهة السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم اذا أرسلت كلابك المعلمة وقد كرت اسم الله فشكل وان قتلن ودليلنا من جهة القياس انه حيوان مستوحش غير مقدور عليه فكان ذكاته بعقر الجوارح أو آله الصيد كالذي لم يدركه حيا (فصل) وقوله وكذلك الذي يرى الصيد فينالته وهو حي فيفرط في ذبحه حتى يموت فانه لا يحل أكله وحكمه في ذلك حكم صيد الجوارح فاذا رمى الصيد بسهم أو رمح أو ضر به بسيف فلم ينفذ مقاتله وصار بماله منه مقدور عليه فان الذكاة قد انتقلت الى أصلها فعليه أن يذكيه فان فرط في ذلك أو تأخر أو تشاغل بشئ مما قد منازكره حتى مات فقد فانت ذكاته ولا يحل أكله ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن المسلم اذا أرسل كلب المجوسى الضارى فصاد أو قتل انه اذا كان معاما فأكل ذلك الصيد حلال لأبأس به وان لم يذكيه المسلم وانما مثل ذلك مثل المسلم يذبح بشفرة المجوسى أو يرى بقوسه أو بنبله فيقتل بها فصيده ذلك وذبيحته حلال لأبأس بأكله واذا أرسل المجوسى كلب المسلم الضارى على صيد فأخذه فانه لا يؤكل ذلك الصيد الا أن يذكيه المسلم ونبله يأخذه المجوسى فيرمى بها الصيد فيقتله أو لشفر لمسلم يذبح بها المجوسى فلا يحل أكل شئ من ذلك

من باب الحصر فلما أضاف الأيدي والرماح إلى المخاطبين وهم المؤمنون دل ذلك على قصر هذا الحكم عليهم ووجه قول ابن وهب أنها ذكاة فصحت من الكتابي كالذبيح (مسئلة) وأما صيد المجوسى فإنه لا يجوز كما لا يجوز ذبيحته لأنه ليس من أهل الكتاب وإنما أباح الله تعالى لنا طعام أهل الكتاب بقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب وإذا تولد صبي بين كتابي ومجوسى فحكمه فى هذا الباب حكم أبيه وسياى بى بيانه ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما المجنون فلا يؤكل صيده ولا ذبيحته وكذلك السكران رواه ابن المواز عن مالك لأن الصيد يحتاج إلى نية ولا تصح النية من أحدهما

﴿ ماجاء فى صيد البحر ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الرحمن بن أبي هريرة سأل عبد الله بن عمر عما لفظ البحر فنهاه عن أكله قال نافع ثم انقلب عبد الله فدعا بالمصحف فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه قال نافع فأرسلنى عبد الله بن عمر إلى عبد الرحمن بن أبي هريرة أنه لا بأس بأكله ﴿ ش قوله ان عبد الله بن عمر نهى عن أكل ما لفظه البحر وذلك على ضربين أحدهما أن يلفظه حيا والثانى أن يلفظه ميتا لما اعتقد تحريره ثم ظهر اليه أن يعيد النظر أو يذكر الآية فأعاد نظره فيها فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه فحمل الصيد على ما اصطيد منه لا متناعه والطعام على ما يتناول دون تصيد وذلك لا يكون الا فى الطافي الذى قدمنا وهو فى الغالب لا يعلم سبب موته ولا أنه مات بسبب فلما استوى عنده ذلك فى الإباحة اتا لعموم الآية ولغيرها من الأدلة رجع عن المنع منه إلى إباحته (مسئلة) اذا ثبت ذلك فجميع صيد البحر حلال عند مالك وأما كلب الماء وخزيره فقد روى الشيخ أبو القاسم أنه مكروه غير محرم وقاله ابن حبيب وفى الموازية اختلف فى خنزير الماء فأجاز أكله ربيعة وكرهه يحيى ابن سعيد وظاهر القرآن والسنة يبيحه فوجه القول الاول ظاهر التسمية وفى المدونة عن ابن القاسم لم يكن مالك يجيبنا فيه بشئ ويقول أنتم تقولون خنزير يريده والله أعلم التعلق بعموم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ولا سيما على قول من راعى فى العموم موضوع اللفظ دون عرف استعماله ومن راعى عرف استعماله دون موضوعه توقف عن الجواب أو حكم لما لم يدخل تحت عرف الاستعمال بالكراهية قال ابن القاسم انى لا تنقيه ولو أكله رجل لم أره حراما وجه القول الأول قوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال هو الطهور ماؤه الحل ميتته (مسئلة) وأما الخريت فقال ابن عباس لا بأس بأكله وهو ظاهر مذهب مالك وأصحابه وقال ابن حبيب أنا أكرهه لأنه يقال انه من المسوخ

(فصل) وقوله نهى عن أكل ما لفظه البحر وذلك على ضربين أحدهما أن يلفظه حيا والثانى أن يلفظه ميتا فاما ما لفظه حيا فان مذهب مالك جواز أكله وكذلك ما لفظه ميتا سواء مات بسبب أو بغير سبب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تؤكل ميتته الامامات بسبب مثل أن يؤخذ فيموت أو يموت من شدة حر أو برداً وتقتله سمكة أخرى أو ينضب عنه الماء فيموت أو يلفظه البحر حيا فيموت فأما ان مات خنثى أنفه أو لفظه البحر ميتا فإنه لا يؤكل والدليل على ما نقله الحديث المتقدم فى كتاب الطهارة وهو ما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو الطهور ماؤه الحل ميتته ودير سامن جهة القياس ان غداه ملك لومات فى البر لا كل فاذا مات فى البحر وجب أن يؤكل أصله اذا مات بسبب وأيضا فان الذكاة إنما تكون بقصد قاصد يصح منه القصد ولا خلاف ان ذلك لا يعتبر

﴿ ماجاء فى صيد البحر ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الرحمن بن أبي هريرة سأل عبد الله بن عمر عما لفظ البحر فنهاه عن أكله قال نافع ثم انقلب عبد الله فدعا بالمصحف فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه قال نافع فأرسلنى عبد الله بن عمر إلى عبد الرحمن بن أبي هريرة أنه لا بأس بأكله ﴿ ش قوله ان عبد الله بن عمر نهى عن أكل ما لفظه البحر وذلك على ضربين أحدهما أن يلفظه حيا والثانى أن يلفظه ميتا لما اعتقد تحريره ثم ظهر اليه أن يعيد النظر أو يذكر الآية فأعاد نظره فيها فقرأ أحل لكم صيد البحر وطعامه فحمل الصيد على ما اصطيد منه لا متناعه والطعام على ما يتناول دون تصيد وذلك لا يكون الا فى الطافي الذى قدمنا وهو فى الغالب لا يعلم سبب موته ولا أنه مات بسبب فلما استوى عنده ذلك فى الإباحة اتا لعموم الآية ولغيرها من الأدلة رجع عن المنع منه إلى إباحته (مسئلة) اذا ثبت ذلك فجميع صيد البحر حلال عند مالك وأما كلب الماء وخزيره فقد روى الشيخ أبو القاسم أنه مكروه غير محرم وقاله ابن حبيب وفى الموازية اختلف فى خنزير الماء فأجاز أكله ربيعة وكرهه يحيى ابن سعيد وظاهر القرآن والسنة يبيحه فوجه القول الاول ظاهر التسمية وفى المدونة عن ابن القاسم لم يكن مالك يجيبنا فيه بشئ ويقول أنتم تقولون خنزير يريده والله أعلم التعلق بعموم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ولا سيما على قول من راعى فى العموم موضوع اللفظ دون عرف استعماله ومن راعى عرف استعماله دون موضوعه توقف عن الجواب أو حكم لما لم يدخل تحت عرف الاستعمال بالكراهية قال ابن القاسم انى لا تنقيه ولو أكله رجل لم أره حراما وجه القول الأول قوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال هو الطهور ماؤه الحل ميتته (مسئلة) وأما الخريت فقال ابن عباس لا بأس بأكله وهو ظاهر مذهب مالك وأصحابه وقال ابن حبيب أنا أكرهه لأنه يقال انه من المسوخ

في الحوت فوجب أن لا تعتبر فيه الذكاة اذ اثبت ذلك في هذا بابان * أحدهما في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة * والباب الثاني في بيان ما لا يجوز أكله الا بذكاة

الباب الأول في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة *

ما في الماء من الحيتان ودوابه على ضربين * ضرب لا تبقى حياته في غير الماء وضرب تبقى حياته في غير الماء فأما ما لا تبقى حياته في غير الماء كالسمك وجميع أنواع الحيتان والدواب التي اذا خرجت من الماء لم تبقى حياتها وعاجلها الموت ولا تصرف لها في البر فلا خلاف في المنع عنها بغير ذكاة * كل ذلك كله بغير ذكاة ولا سبب * وأما ما تبقى حياته في البر كالضفادع والسحفاة والسرطان ففي المدونة عن مالك اباحة أكله من غير ذكاة ولا سبب وروى عيسى عن ابن القاسم ما كان مأواه في الماء فانه يؤكل بغير ذكاة وان كان يرعى في البر وكان مأواه ومستقره في البر فانه لا يؤكل الا بذكاة وان كان يعيش في الماء وفي المدينة عن محمد بن ابراهيم بن دينار في القسمين لا يؤكل الا بذكاة وهو قول أبي حنيفة والشافعي وجه قول مالك ان هذا من حيوان الماء فلا يحتاج الى ذكاة كالخوت ووجه القول الثاني انه حيوان يعيش في البر فلم يجزأ كالأبذ كالحيتان البر (مسئلة) دم السمك نجس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو طاهر يحل أكله وبطهارته قال الشيخ أبو الحسن والدليل على ما نقوله قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم وهذا عام فيحمل على عمومه ودليلنا من جهة القياس ان هذا دم سائل فوجب أن يكون نجسا كسائر الدماء

الباب الثاني في بيان ما لا يجوز أكله الا بذكاة *

أما ما يحتاج الى ذكاة فهو كالجراد والخلزون وما يكون في البر من الحشرات وأنواع الخشاش * قال القاضي أبو الوليد وهى عندى من التي ليست لها نفس سائلة فقد روى عن مالك في كتاب ابن المواز وغيره انه لم يجزأ كل الجراد وغيره الا بذكاة فان ماتت بغير سبب بعد ان اصطبغت حية فقد أجاز أكلها سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وقالوا أخذها ذكاتها ولو وجدت ميتة لم يجزأ عندهما أكلها وأجاز ذلك مطرف من رواية ابن حبيب عنه وقاله محمد بن عبد الحكم وبه قال الشافعي ووجه قول مالك قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهذه ميتة ومن جهة المعنى ان هذا من حيوان البر فلم يجزأ كالأبذ كالحيتان بغير ذكاة أصل ذلك سائر حيوان البر ووجه قول مطرف ان هذا حيوان مقدور عليه لا تعتبر فيه الذكاة المخصوصة فلم تعتبر فيه ذكاة أصله الخوت (فرع) وحكم الخلزون حكم الجراد في انها لا تؤكل الا بذكاة قال ابن حبيب كان مالك وغيره يقول من احتاج الى أكل شيء من الخشاش لدواء أو غيره فلا بأس به اذا ذكى كما يذكى الجراد كالخنفساء والعقرب وبنات وردان والعقربان والجنسب والزنبور والمعسوب والذر والنمل والسوس والحمل والدود والبعوض والنبات وما أشبه ذلك ص *

مالك عن زيد بن أسلم عن سعد الجارى مولى عمر بن الخطاب انه قال سألت عبد الله بن عمر عن الحيتان يقتل بعضها بعضا أو تموت صردا فقال ليس بها بأس قال سعد ثم سألت عبد الله بن عمرو بن العاصي فقال مثل ذلك * ش ماقتل بعضه بعضا من الحيتان أو مات صردا يجوز أكله وهو مما اتفق عليه مالك وأبو حنيفة والشافعي لانه مات بسبب وليس من شرطه عند أبي حنيفة أن يكون السبب من فعل الصائد بل يجوز أكله متى مات بسبب من فعل الصائد أو غير فعله وما احتاج الى سبب عنده مالك فانه يحتاج أن يكون السبب من فعل قاصد الى ذلك وقد نص على ذلك الشيخ أبو بكر في كل ما ليست له نفس سائلة ان ذكاته بأن يقصد الى اماتته بفعل ما وهل يعتبر فيه من صفة الفاعل

* وحدثنى عن زيد بن أسلم عن سعد الجارى مولى عمر بن الخطاب أنه قال سألت عبد الله بن عمر عن الحيتان يقتل بعضها بعضا أو تموت صردا فقال ليس بها بأس قال سعد ثم سألت عبد الله بن عمرو بن العاصي فقال مثل ذلك

وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن أبي سامة بن (١٣٠) عبد الرحمن عن أبي هريرة وزيد بن ثابت انهما كانا لايريان

بما لفظ البحر بأسا
* وحدثني عن مالك عن
أبي الزناد عن أبي سامة بن
عبد الرحمن ان ناسا من
أهل الجار قدموا فسألوا
هرزان بن الحكم عما لفظ
البحر فقال ليس به بأس
وقال اذهبوا الى زيد بن
ثابت وأبي هريرة
فاسألوهما عن ذلك ثم
اثنوني فاخبروني ماذا
يقولان فاتوهما فسألوهما
فقالا لا بأس به فاتوا مروان
فاخبروه فقال مروان قد
قلت لكم قال مالك لا بأس
بأكل الحيتان يصيدها
المجوسى لأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال
في البحر هو الطهور وماؤه
الحل ميتته * قال مالك واذا
أكل ذلك ميتا فلا يضره
من صاده

* تحريم أكل كل ذي ناب من السباع *

ص * مالك عن ابن شهاب عن أبي ادريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام * مالك عن اسماعيل بن أبي حكيم عن عبيدة
ابن سفيان الحضرمي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من
السباع حرام قال يحيى تالم مالك وهو الأمر عندنا * ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن أكل كل
ذي ناب من السباع ظاهره التحريم ويجوز أن يحمل على الكراهية بدليل ان وجد في الشرع
واختلف العلماء في تحريم السباع فروى العراقيون من المالكيين عنها انها كلها عنده على
الكراهية من غير تمييز ولا تفصيل وهو ظاهر ما في المدونة وقدرى عبد الرحمن بن دينار عن ابن
كنانة انه قال كل ما يفتس من السباع ويأكل اللحم فهو مما لا يؤكل وما كان سوى ذلك من
دواب الأرض وما يعيش بنبات الأرض فلم يأت فيه نهى قال عيسى عن ابن القاسم وهذا فيما كان
من السباع فأما الطير فانها تفتس وتأكل اللحم وليس بأكلها بأس وأما المندنيون من المالكيين
فقد قال ابن حبيب لم يختلف المندنيون في تحريم لحوم السباع العادية والأسود والنمر والذئب والكلب
فأما غير العادية كالذئب والثعلب والضبع والهر والوحش والانس فيكرهها كلها دون تحريم
قاله مالك وابن الماجشون ولعله لم يبلغه قول ابن كنانة أو بلغه وحمله على المنع في الجلالة وأنه عنده على

أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام قال مالك وهو الأمر عندنا

ضربين منه ممنوع على وجه التحريم ومنه ممنوع على وجه الكراهية وأما المغاربة من المالكيين
ففي كتاب ابن المواز عن مالك السبع والنمر والفهد محرمة بالسنة والذئب والثعلب والهر مكرهة
وقد يوجد من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن ذلك كله على الكراهية مثل رواية العراقيين
استدل شيوخنا في ذلك بقوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون
ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس فليست لحوم السباع مما تضمنته الآية فوجب أن
لا يكون محرما ودليلنا من جهة القياس أن هذا سبع فلم يكن محرما كالضبع والثعلب
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أكل كل ذي ناب من السباع حرام وهذا نص في التحريم
وقد أجاب عنه أبو بكر بن الجهم وغيره بأن سفيان غير معلوم الحفظ وقد روى الزهري حديث أبي
ثعلبة الخشني فلم يذكر لفظ التحريم وليس هذا بصحيح من الاعتراض لأن مالكاً أخرج في
موطئه وهذا يدل على تصحيحه له والتزامه له لأن يكون عنده في ذلك تأويل وأما مخالفة لفظ حديث
الزهري له فليس باعتراض صحيح لجواز أن يكون أبو هريرة نقل لفظ التحريم ونقل أبو ثعلبة لفظ
النهي وقد أجاب عنه بعض أصحابنا بأن قوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه
الآية عام في نفي كل محرم غير ما تضمنته الآية تحريمه إلا أن يدل دليل على تحريم ما لا تضمنه الآية
كما دلت آية الجعر على تحريمها وإن لم تكن ذلك في هذه الآية وحديث لحوم السباع عام في تحريمها
على كل أكل قتل الآلة على عمومها ويخص بها حديث تحريم لحوم السباع ونحوه على
المحرمين وكان ذلك أولى لأن الآية منطووعة بصحتها وكان التعلق بعمومها أولى من التعلق بعموم
مظنون وهو عموم الخبر فإن قيل فما فائدة تخصيص لحوم السباع وسائر لحوم الوحش محرمة على
المحرمين فالجواب أنه لا يمنع أن يخص نوعا من الجنس دون جميعه ليجتهد في إلحاق الباقي به أو مخالفته
له كما يقولون أنه نهي عن أكل كل ذي ناب من السباع وخص بذلك التحريم وإن كان غيره من
الحيوان عندكم حراما لم ينص عليه وجواب ثان وهو أنه إنما خص لحوم السباع بالذكركر لما كانت
مما يباح للحرم قتلها ابتداء لئلا يعتقدا أنها بمنزلة بهيمة الأنعام في استباحة لحومها لما كانت بمنزلة
في استباحة قتلها والاصل عندى في هذا أن يخص الحديث بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم
واذكروا اسم الله عليه فالآية عامة في كل الحيوان وخاصة في الأمسالك ويثبت أبي هريرة خاص
في السباع وعام في أحواله فجمع بينها ونخص الحديث ونحوه على الميتة بما يدل خصوص الآية
فيها أمسك علينا وكان ذلك أولى من تخصيص الآية بالحديث لمعنيين أحدهما أن الآية معلومة
والحديث ليس بمعلوم والثاني أن عموم الآية لم يدخله تخصيص وعموم الحديث قد دخله تخصيص
في الضبع والثعلب عندنا وعند الشافعي ووجه ذلك أن الأغلب من هذه السباع العادية أنها
لا يتمكن منها إلا بعد فوات ذكاتها فخرج الحديث على الأغلب من أحوالها فهذا الذي يمكن أن
يقال في ذلك ورواية من روى عن مالك التحريم أظهر لحديث أبي هريرة وهو نص في التحريم
وخاص في السباع وقد قال القاضي أبو اسحاق في مبسوطه أحسب أن مالكاً حمل النهي عن
أكل كل ذي ناب من السباع على النهي عن أكلها خاصة لأن عبيدة بن سفيان روى عن أبي
هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكل كل ذي ناب من السباع حرام فذهب مالك إلى
أن النهي مختص بالأكل وإن التذكية طهر لغيره لا أكل فقال لا بأس بمجلود السباع المذكاة أن
يصلى عليها (مسئلة) إذا قلنا بتحريم لحوم السباع العادية فقد روى ابن حبيب عن مالك أن

الدب والثعلب والضبع ليست بمحرمه وهذا على ما قاله ابن حبيب فان قول مالك لم يختلف في السباع التي لا تبدأ بالأذى غالبا كالحمر والثعلب والضبع وانما اختلف قوله في السباع العادية التي تبدأ بالأذى غالبا فروى عنه التحريم وروى عنه الكراهية وما روى عن ابن القاسم وابن كنانة ان كل ما يفرس ويأكل اللحم لا يؤكل لحمه محتمل بمحتمل أن يريد به التحريم ويحتمل أن يريد به الكراهية وأما القرد فقد قال ابن حبيب لا يحل لحم القرد * قال الامام أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندي انه ليس بحرام لعموم الآية ولم يرد فيه ما يوجب تعريما ولا كراهية فان كانت كراهية فلا خلاف العلماء فيه والله أعلم (مسئلة) وأما كل الضب فباح عند مالك وقال أبو حنيفة هو مكروه (مسئلة) ولا تؤكل حية ولا عقرب قاله الشيخ أبو بكر وانما كره أكلها لانها ليست من بهيمة الأنعام ولا الطير ولا السمك وقد يجوز أن تكون في معنى السباع فكره أكلها كما كره أكل لحوم السباع فاما تعريضها فغير جائز لان الدليل لم يقيم على ذلك فنص على المنع على وجه الكراهية لا على وجه التحريم للوجهين اللذين ذكرهما ويحتمل أن يكون كره أكلها مما فيها من السم مخافة على أكلها وأما كل كل شيء من ذلك على وجه التساوي اذا آمن من أذاها وعرف وجهه فلا بأس به وله أربع أكل الترياق مع ما فيه من لحوم الافاعي لمن آمن أذاها وعرف سلامة لحمها من سمها (مسئلة) حشرات الأرض مكروهة خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولها هي محرمة والدليل على ما نقوله قوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى الى محرما على طعام يطعمه الآية وليس فيها ذكرا للحشرات ومن جهة المعنى انها من الهوام فكره أكلها الغير ضرورة كالحيات (مسئلة) وأجاز مالك أكل الطير كله ما كان له مخلب وما لم يكن له مخلب قال مالك لا بأس بأكل الصرد والهدد ولا أعلم شيئا من الطير يكره أكله واختلف قول مالك في الخطاف ففي المستخرجة لا بأس بأكل الخطاطيف وقاله ابن القاسم وروى علي بن زياد عن مالك انه كره أكلها والأول أكثر وأظهر خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولها لا يؤكل كل ذى مخلب من الطير والدليل على ما نقوله قوله تعالى قل لا أجد فيها أوحى الى محرما على طعام يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفورا أو لحم خنزير الآية وهذا عام فحمله على عمومه الا ما خصه الدليل وقوله تعالى في الجوارح فكلوا مما أمسكن عليكم ولم يفرق بين ذى مخلب وغيره ودليلنا من جهة القياس ان هذا طائر فلم يكن حراما كالدجاج والأوز

﴿ مَا يَكْرَهُ مِنْ كُلِّ الدَّوَابِّ ﴾

ص * مالك ان احسن ما سمع في الخيل والبغال والخيبر انها لا تؤكل لان الله تبارك وتعالى قال
والخيل والبغال والخيبر لتركبوها وزينة وقال تبارك وتعالى في الأنعام لتركبوها ومنها ما وكلون وقال
تبارك وتعالى ليدركوا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر
* قال مالك وسمعت ان البائس هو الفقير وان المعتر هو الزائر قال مالك فذكر الله الخيل والبغال
والخيبر للركوب والزينة وذكر الأنعام للركوب والأكل قال مالك والقانع هو الفقير أيضا * ش
استدل مالك على المنع من أكل لحوم الخيل والبغال والخيبر بالآية وذلك من وجهين أحدهما ان لا مكي
بمعنى الحصر وذلك انه أخبر تعالى انه انما خلقها للركوب والزينة وقصد بذلك الامتنان علينا واظهار
احسانه الينا فدل ذلك على انه جيع ما أباحه لنا منها ولو كانت فيها منفعة غيرها لذكرها ليبين انعامه
علينا وليظهر اباحته ذلك لنا فان اخباره تعالى انه خلقها لهذا المعنى دليل على انه جيع التصرف

﴿ ما يكره امن﴾

أكل الدواب *

* حدثني يحيى عن مالك
ان أحسن ما سمع في الخيل
والبغال والحمر انها لا
تؤكل لأن الله تبارك
وتعالى قال والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة
وقال تبارك وتعالى في
الانعام لتركبوا منها
تأكلون وقال تبارك
وتعالى ليسذكروا اسم
الله على ما رزقهم من
بهيمة الانعام فكلوا منها
وأطعموا القانع والمعر
قال مالك وسمعت أن
البائس هو الفقير وأن
المعر هو الزائر قال مالك
قد كر الله الخيل والبغال
والحمير للركوب والزينة
وذكر الانعام للركوب
والاكل قال مالك والقانع
هو الفقير أيضا

المباح فيها والوجه الثاني انه ذكرا الخيل والبغال والحمير فاحبر تعالى انه خلقها للركوب والزينة وذكرا
الأنعام فاحبر انه خلقها للتركيب منها وذكرا كل فلما عدل في الخيل والبغال والحمير عن ذكرا كل دل
ذلك على انه لم يخلقها لذلك والابطال فائدة التخصيص بالذكور (مسئلة) اذ ثبت ذلك فالخيل عند
مالك مكروهة وليست بمحرمة ولا مباحة على الاطلاق وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي هي مباحة وبه
قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وقال ابن حبيب الخيل مختلف في كراهية أكلها فلا يباع بها التحريم
والبراذن مثلها فجعلها مباحة في أحد القولين ودليلنا على كراهيتها ان هذا حيوان أهلى ذو حافر
فلم يكن أكله مباحا كالْبغال والخير وتعلق من رأى اباحته ذلك بما روى محمد بن علي عن جابر بن عبد الله
نهي النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الجر وأرخص في لحوم الخيل (مسئلة) وأما الحمير
فاختلفت الرواية عن مالك فيها فقيل انها محرمة وقيل مكروهة غير محرمة ذكرا ذلك القاضي أبو محمد
وذكرا القاضي أبو الحسن رواية الكراهية خاصة والدليل على التحريم ما روى عن أبي ثعلبة حرم
رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الجر الأهلية ووجه الرواية الثانية ان هذا حيوان مركوب ذو
حوافر فلم يكن محرما وان كان مكروها كالخيل وأما البغال فحكمها حكم الجر لانها متولدة بينها
وبين الخيل فان قلنا ان الجر مكروهة فالْبغال مكروهة وان قلنا ان الجر محرمة فالْبغال محرمة
(فصل) وقوله وان القانع هو الفقير والمعتر هو الزائر ما ذكره العلماء وأهل التفسير ويقضيه
المعنى وذلك أن البائس من وجده البؤس والفقر من جملة البؤس والقانع هو الطالب والقنوع
الراضى بما عنده

﴿ ما جاء في جلود الميتة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن عبيد
الله بن عبد الله بن مسعود
عن عبد الله بن عباس
أنه قال مر رسول
الله صلى الله عليه وسلم
بشاة ميتة كان أعطاها
مولاة لميمونة زوج النبي
صلى الله عليه وسلم أفلا
انتفعتم بجلدها فقالوا
يا رسول الله انها ميتة فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم انما حرم أكلها

﴿ ما جاء في جلود الميتة ﴾

ص * مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن عباس أنه قال مر
رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة ميتة كان أعطاها مولاة لميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أفلا
انتفعتم بجلدها فقالوا يا رسول الله انها ميتة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها * ش
قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بشاة ميتة كان أعطاها مولاة لميمونة يريد أنه كان أعطاها
ابنها خية ثم ماتت وكان أعطاها اياها ما على سبيل الصدقة لكونها محتاجة لان اطلاق لفظ المولاة
تفيد انها قد أعتقت وسقطت نفقتها عن أعنتها والله أعلم
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ألا انتفعتم بجلدها يحتمل معنيين أحدهما أفلا ذبحتموها
فانتفعتم بجلدها والثاني أفلا سلختموها فانتفعتم بجلدها حضا منه صلى الله عليه وسلم على الانتفاع
بالأموال والتميز لها ومنعها من افسادها قليلها ويسيرها وما فيه منتفع منها والانتفاع بكل نوع منها
وصرف ما فضل من الأموال واستغنى عنه الى سبيل الله ومواساة أهل الحاجة فان افساد المال
لا فائدة فيه ولا منفعة في اطراح ما ينتفع به الا مجرد العبث والكبر (فرع) وهذا الانتفاع مشروط
بعدم تلك بتقديم الدباغ ولا يجوز الانتفاع بها قبل الدباغ رواه عيسى بن دينار عن ابن القاسم في
المسئلة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبع لا يفتش ولا يطحن عليه ولا
يستعمل في غير ذلك من وجوه المنافع حتى يدبغ وروى أبو يزيد عن ابن القاسم عن مالك في العتبية
تحريم الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ أحب الى وقال ابن القاسم لا ينتفع به حتى يدبغ والدليل على
ذلك ما روى عن عبد الله بن عكيم انه قال قرأ علينا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ينتفعوا

من الميتة باهاب ولا يعصب فدل على أن الانتفاع بالجلد شرط في التوصل اليه تطهيره بالكاه وجعل لذلك التطهير عند عدمه بدل وهو الدباغ فلا يجوز استحبابه ذلك دون البديل اذا عدم المبدل منه كالمصلاة جعلت الطهارة شرطاً في صحتها وجعل للطهارة بدلاً وهو التيمم فلا يجوز استحبابها عند عدم المبدل منه الا بالتيمم الذي هو البديل فهذا أكثر من المذهب ويحتمل الرواية عن مالك أن ذلك على الاستعجاب ويكون وجه ذلك التعلق بظاهر قوله هلا انتفعتهم بجلدها ولم يشترط دباغها ولا غيره

(فصل) وقولهم انها ميتة اظهار الوجه الذي منعهم من الانتفاع بجلد الميتة حين علموا تحريم الميتة فاعتقدوا أن ذلك يحرم الانتفاع بجلدها وغير ذلك منها وانه قد حرم ذلك كله منها كحرم أكل لحماها (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها تبين لما حرم منها واعلام أن الانتفاع بها لم يفت بفوتها كما لم يفت المحدث الصلاة عند عدم الماء بل قد يمكن استدراكه بالدباغ كما يمكن المحدث استدراك استحباب الصلاة بالتيمم وليس في هذا الحديث تصريح بطهارة جلد الميتة وانما فيه الاخبار عن جواز الانتفاع بها وقد استدلل أصحاب الشافعي من هذا الحديث على طهارة جلد الميتة بالدباغ لقوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها وانما للحصر وهذا يقتضي أن ما عدا الأكل منه باق على ما كان عليه من الإباحة فيها وهذا ليس بصحيح لأنه لم يجز للطهارة ولا للنجاسة ذكر وانما جرى ذكر جواز الانتفاع بها فيجب أن يكون قوله انما حرم أكلها راجعاً اليه في إباحة ما يقتضي اللفظ إباحته منه ومنع ما يقتضي اللفظ المنع منه فأما الطهارة والنجاسة فلم يجز لهما ذكر فلا يتعلق بهما شيء من اللفظ بحصر ولا غيره كما أن بقاء الملك عليها وازالتها عنها لم يجز له ذكر فلم يرجع اللفظ اليه ولذلك قال أكثر أصحابنا وأصحابهم انه لا يجوز بيعها لأن لفظ الانتفاع بها لا يتناولها فلم يرجع اليه قوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها ويحتمل أن يكون قوله صلى الله عليه وسلم انما حرم أكلها راجعاً إلى الشاة وقد ينتفع بلحمها أيضاً وقال الشيخ أبو بكر ينتفع به بان يطعمه بكلامه قاله ابن المواز اذا شاء ذلك فانه يذهب بكلامه اليها ولا يأتي بالميتة إلى الكلاب ص مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعله المصري عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر ش قوله صلى الله عليه وسلم اذا دبغ الاهاب فقد طهر تصريح بطهارته بعد الدباغ والطهارة على ضربين طهارة رفع النجاسة جلة وتعيد المصنعة طاهرة كخلل الخمر وطهارة تنيع الانتفاع بالعين وان لم ترفع حكم النجاسة كطهارة الدباغ جلد الميتة على المشهور من مذهب مالك ويجرى ذلك مجرى الوضوء في رفع الحدث والتيمم في استحباب الصلاة مع بقاء الحدث فأما تطهير الدباغ جلد الميتة بمعنى الانتفاع به مع بقاء نجاسته في الإخلاق فيه نعلمه في المذهب قال الشيخ أبو القاسم جلد الميتة قبل الدباغ نجس وبعده طاهر طهارة مخصوصة يجوز بها استعماله في اليابسات وفي الماء وحده من المائعات وأما تطهيره أياه بمعنى رفع نجاسته جلة وإعادة طهارته فقد اختلف العلماء فيه فروى عن مالك أنه لا يطهر بالدباغ ومعنى ذلك الطهارة التي تدفع النجاسة وروى شيوخنا العراقيون عن مالك رواية أخرى أنها تطهر بالدباغ الا جلد الخنزير وهو قول ابن وهب وابن حنبل وبه قال أبو حنيفة والشافعي واستدل أصحابنا في ذلك بما روى عن عبد الله بن عكيم أنه قال فرئينا علينا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ينتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب وهذا الحديث لا يصح احتجاجنا به لأننا لم نسمع الانتفاع بجلد الميتة بعد الدباغ وهم لا يخالفونافي الذي لا يجوز الانتفاع

• وحدثنى مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعله المصري عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر

بفتح الدبـاغ ودليلنا من جهة المعنى أنه جزء من الميتة نجس بالموت فوجب أن تتأبد بنجاسته أصل ذلك اللحم واستدل في ذلك من أثبت الطهارة التي تدفع النجاسة بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا دبغ الأهاب فقد طهر والجواب أن الطهارة تكون بمعنى التنظيف وإباحة الاستعمال وإن لم ترفع حكم موجب الطهارة يدل على ذلك أن التيمم قد سمي في الشرع طهارة وسمى التراب طهورا كما يسمى الماء وإن كان لا يدفع حكم موجب وهو الحدث وإنما تستباح به الصلاة فكذلك في مسئلتنا مثله (فرع) فإن قلنا أن الدبـاغ لا يدفع حكم نجاسة فإنه يستمتع به ويصرف في الجمادات يغربل عليه الطعام وغيره غير أنه لا يصلى به ولا عليه وقال ابن حنبل لا ينتفع به ولا يستعمل في جامد ولا غيره والدليل على قولنا قوله صلى الله عليه وسلم إذا دبغ الأهاب فقد طهر وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس أفلا تنتفعم بجلدها وقوله صلى الله عليه وسلم إنما حرم أكلها (فرع) وأما استعمالها في المائعات فإنه كرهه مالك في خاصته استعماله في الماء ولم يمنع منه غيره ومنع من استعماله في غير ذلك من المائعات وهذا هو المشهور من مذهب مالك وذكره الشيخ أبو بكر في شرح المختصر عن مالك وقال ابن حبيب لا بأس أن يجعل منها السقاء للماء وقربة اللبن وزق الزيت ووجه ذلك أن الماء لا ينجس من النجاسات إلا بما يغيره وإنما يكره استعمال اليسير منه للخلاف على ما تقدم في ذكر أحكام المياه في كتاب الطهارة فكان يحتاط ويأخذ بالافضل في خاصته ويوسع على الناس فيه لما قام من الدليل على طهارته وأما سائر المائعات فإنها تنجس بيسير وإن لم يغيرها فلذلك لم يجز استعمالها فيها لأن ذلك ينجسها ويحرمها ولا يجوز على هذه الرواية بيعه رواه ابن القاسم عن مالك في المدينة لأنه لا يجوز بيع ما كان نجسا لعينه وأما رواية ابن حبيب في استعماله في اللبن والزيت فبني على قول من يرى أن المائعات لا تنجس من مخالطة النجاسة إلا بما يغيره وقد تقدم ذكره في الطهارة (فرع) وإن قلنا أنه يطهر بالدبـاغ طهارة تمنع نجاسته فإنه يصلى به وعليه ويستعمل في المائعات كلها ويجوز بيعه قاله ابن وهب ورواه ابن عبد الحكم عن مالك في المختصر الكبير بشرط أن تبين والمشهور من المذهب أنه لا يجوز بيعه مع كونه لا يجوز أن يصلى فيه (مسألة) وبما يطهر من الدبـاغ قال ابن الموزان عن نافع في المدينة لا يكون دبـاغه بالملاح فقط مما يمنعه الفساد وإنما يكون الدبـاغ التام الذي ينتفع به للشرب وغيره وقال يحيى بن سعيد الأنصاري ما دبغ به جلد الميتة من دقيق أو ملح أو قرط فهو له طهور والدليل لقوله صلى الله عليه وسلم إذا دبغ الأهاب فقد طهر فعلق ذلك بالدبـاغ والدبـاغ معلوم وأما ما يفعل من غيره مما لا يبلغه حكم الدبـاغ والانتفاع به في الأسقية وغيرها فأنما هو تخفيف لطوباته وهذا يحصل بتجفيفه في الشمس (مسألة) إذا ثبت ذلك فهذا حكم جلد ما يستباح أكله بالذكاة والحيوان على ثلاثة أضرب مباح وقد تقدم ذكره ومحرم ومكروه * فأما المتفق على تحريمه كالخنزير فقد قال الشيخ أبو بكر لا ينتفع بجلده وإن ذبح ودبغ لأنه لا يحصل بذكاة ولا غيرها * والدليل على ما نقله قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ثم قال في آخر الآية إلا ما ذكيتم والخنزير لا تعمل فيه الذكاة وهي أقوى في التطهير من الدبـاغ لأن الذكاة تعمل في اللحم وغيره من أجزاء الحيوان والدبـاغ إنما يعمل في الجلد خاصة على الاختلاف فإذا كانت الذكاة لا تؤثر في جلد الخنزير فبأن لا يؤثر الدبـاغ أولى وأحرى * وفي المبسوط عن اسمعيل بن أبي أويس سئل مالك عن جلود الميتة مما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه فقال لا بأس أن يستمتع بها ولا يتباع ولا يصلى عليها وقال الشيخ أبو القاسم

ذلك كله سواء (مسئلة) وأما ما تقدم الخلاف في تحريمه بجلود السباع فقال ابن المواز عن مالك
 لأبأس يبيع جلود السباع والصلاة فيها اذا ذكيت وان لم تدبغ اذا غسلت وقال ابن حبيب في جلود
 السباع العادية لا تباع ولا يصلى عليها ولا تلبس وان ذكيت وينتفع بها فيما سوى ذلك فاما قول ابن
 حبيب فعلى رواية التحريم وأما رواية ابن المواز فيجوز أن يكون على رواية نفي التحريم ويجوز
 أن يكون على رواية التحريم لما كان تحريمًا مختلفًا فيه وأما السباع التي لا تعدو كالهر والثعلب
 والضبع فقد قال ابن حبيب يجوز بيعها ولباسها والصلاة فيها اذا ذكيت وقال الشافعي لا تطهر
 جلود السباع بالذكاة غير الضبع وتطهر بالذباغ غير جلد الكلب والخنزير والدليل على ما نقوله
 قوله تعالى حرمت عليكم الميتة قوله تعالى الا ما ذكيت فاستثنى المذكى فدل على انه غير محرم ودليلنا
 من جهة القياس ان هذا جلد يطهر بالذباغ فوجب أن يطهر بالذكاة بجلد الضبع (مسئلة) وأما
 جلد الفرس فقال ابن المواز لا يصلى به وان ذبح ودبغ وقال ابن حبيب لأبأس يبيعه والصلاة فيه وقد
 اتفقنا على انه جلد حيوان مكره لا يحرم فيتخرج من هذا ان جلد الحيوان المكروه له عند ابن
 المواز لا يستباح استعماله بذكاة ولا ذباغ ومعنى ذلك ما رواه عن مالك انه إنما كرهه ذكاته للذريعة
 الى أكل لحومها فنع من ذلك لما كانت كثيرة التكرار والوجود لا لعينها وأما جلود السباع فقد
 أجاز بيعها والصلاة بها اذا ذكيت وان لم تدبغ وذلك لما تكن لحومها موجودة فلم يخف أن يكون
 استعمال جلودها ذريعة الى أكلها فتأكدت عنده كراهية لحوم الخيل وجلودها لما خاف الذريعة
 الى أكلها ولا يمنع مثل هذا في الشريعة فان لحم الخنزير محرم كلحم الميتة وكان الحر ثم شرع الحدف
 شرب الخمر لما خيف التسرع اليها ولم يشرع الحدف في كل الميتة ولا في كل لحم الخنزير لما لم يخف
 التسرع اليها وقال ابن حبيب في جلد الفرس لأبأس يبيعه والصلاة فيه ومعنى ذلك انه غير محرم له
 فيجاز أن يكون جلده طاهرا بجلود السباع التي لا تعدو (مسئلة) وأما جلد الحمار والبغل فقد
 قال ابن المواز لا يصلى بجلده شيء من ذلك وان دبغ وذبح وقال مالك أكره ذكاته للذريعة الى
 أكل لحومها وهذا يقتضى انها عنده على الكراهية ويحتمل على توجيه ابن حبيب أن يكون القول
 فيها كالقول في جلد الفرس وأما على رواية التحريم فيجب أن يكون جلدها ممنوعا قول واحد
 (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العظم نجس بالموت وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا نجس
 بالموت وقد روى ابن المواز ان مالك انتهى عن الانتفاع بعظم الميتة والفيل والادها في فيه ولم يطلق
 محريمها لان ربيعة وابن شهاب أجازا الامتشاط بها قال ابن حبيب وقد أجز ذلك ابن الماجشون
 ومطرف وابن وهب وأصبع فاما ابن وهب وأصبع فانهما راعيا تغليبها بالماء وجعل ذلك كالذباغ
 فيها يطهرها كما يطهر الجلد الذباغ وهذا يدل على انه نجس عندهما بالموت فلم أر مالكا في رواية
 ابن المواز عنه راعى ذلك فيها وكذلك مطرف وابن الماجشون قال الشيخ أبو بكر والخلاف في هذه
 المسئلة مبنى على أن الروح يحل العظم أو لا يحله وهذا الذي قاله مالك هو الأصل غير رواية ابن وهب
 وأصبع فانهما جعلاه مما تحله الروح ويظهر بالذباغ والدليل على ان الروح يحله وانه نجس
 بالموت قوله تعالى من يحيى العظام وهي رميم الآية ودليلنا من جهة القياس ان ما ينجس لحمه بالموت
 ينجس به عظمه كالكلب والخنزير ووجه اى الآية الثانية انه جزء لا يألما الحيوان منه فلم ينجس بالموت
 أصل ذلك الشعر وقال الشيخ لم يحرم الانتفاع بانياب الفيل وغيره وانما كره ذلك للاختلاف
 في موتها وقال ربيعة إنما ينتفع من عظم الفيل بالناب وحده لانه لحم عليه ولا دسم فيه إنما هو كعود

ليس تلبث قلبك وكل عظم ليس عليه علم والى هذا ذهب ابن حبيب ولا أعلم بهذه المصنف غير
الاسنان وهذا يقتضى أن أصل العظم الطهارة وأنما ينسج ما تبث عليه اللحم مما خالطه من الدم
الذى ينسج باللون وقد قل عن مالك بن الريس الذى لا ينسج فى اللحم والدم والقرون والانياب
والاطلاق لا خريفه وحكم هذا فإذا كرر يمتحك قلب القيل إلا أن يكون ابن حبيب روى عن مالك
قوله واختار قول ربيعة (فرع) وأما بيع عظام الميتة فقد حكى ابن حبيب عن ابن الماجشون
لما سمع أحمدا بن رخص في ذلك وأذا وقع البيع فسخ ورد الثمن إلى المبتاع وذلك عنده في عظام القيل
وغيرها وقال ابن عبد الحكم عن مالك يجب اجتناب عظام الميتة وعظام القيل لأنها تجري مجرى
اللحم فلا يتطهر بها ولا ينجر فيها وقال ابن حبيب في الواضحة إذا غلبت جاز بيعها كما يجوز بيع
جلود الميتة إذا دبغت وقال أصبغ لا تباع وإن غلبت غيرها لا بأس ببيعها بعد أن تغلى الآن تكون
قائمة لم تبث وأما ما لم يبيع ولم يغلى فليس بمسوخ فائدتا ولم تبث وهذا كله يدل من قول أصحابنا
على أنها تنسج باللون وتصلها الروح * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وقول ابن حبيب يورى بيعته في
العظم الطاهر لا معنى له عندى إلا أن يردان طول طهوره ويسر وطوبته أو عدهما يقوم مقام
الباع لسائرهما وهذا حكم أنياب القيل الذى لم يذك فأما إذا ذك فقد قال الشيخ أبو بكر ينتفع
بجلده وعظمه من غير دباغ بجلود السباع وعظامها يجوز الانتفاع بها إذا ذكيت من غير دباغ
(فرع) وكروم مالك أن يطبخ بعظام الميتة طعام أو شراب أو يسخن بها ما لم يوضعه قال ابن حبيب
كرهه فإن فعل جاز أكل الطعام ولم ينسج الماء قال الشيخ أبو بكر إنما كره ذلك لجواز أن يقع
في القدر من هائى فينسه (مسئلة) الشعر والصوف والوبر لا ينسج باللون زاد ابن حبيب عن
مالك وكذلك الريس الذى لا ينسج له مثل الزغب وشبهه وقال أبو حنيفة غير أنه استثنى شعر الكلب
والخنزير وهو أحق قولى الشافعى وقوله الثانى أن ذلك كله ينسج باللون وذلك مبنى عندنا على أن
الروح لا يلحقه والدليل على ما نقوله قوله تعالى وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتا تستخفونها يوم
ظعنكم ويوم أقامكم إلى قوله ومناحا إلى حين فوجب أن الاستدلال من الآية عمومها ولم يفرق
بين شعر الميتة وغيره منها ودليلنا من جهة القياس أن جز الشعر سبب لقطع الماء عن الشعر فلم
ينسج به بجزه قال الشيخ أبو بكر تجوز الخرازة بشعر الخنزير لأنه ليس بنفس ولا روح فيه فيموت
بعد ذلك منه بأن يؤخذ ذلك منه حال حياته أو يموت به والله أعلم من مالك عن يزيد بن عبد الله
ابن قسيط عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن أمه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت * ش قوله أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت أمرها هنا يصح أن يعمل على الوجوب
والمنع من اتلاف ما يمكن الانتفاع به أو يصلح أن ينفك على اختلاف الناس في ذلك كما أنه صلى الله
عليه وسلم نهى عن إضاعة المال وترك الانتفاع به مع جواز ذلك من باب ما يقول ويعقل أن يعمل
على الوجوب فنهى عن ترك الانتفاع به تعريه لأن تعريه ما أحله الله محرم ويصح أن يعمل على
التعريه وهو أقل ما يعمل عليه على الصحيح من المذهب وهو قول أكثر شيوخنا وقد قال القاضي
أبو الفرج من أصحابنا إن الإباحة أمر فلي هذا يجوز أن يربطه إباحة الاستعمال لما بعد البيع
والأول أظهر لأن الأمر بالفعل اقتضاه ومنع من تركه على وجهه وأما الإباحة الفعل فأنها
مطلق العمل بمشيئة المأذون له فيه والله أعلم

* وحدثني عن مالك عن
زيد بن عبد الله بن قسيط
عن محمد بن عبد الرحمن
ابن ثوبان عن أمه عن
عائشة زوج النبي صلى
الله عليه وسلم أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم
أمر أن يستمتع بجلود
الميتة إذا دبغت

(فصل) وقوله أن يستمتع بها يحتمل الاستعمال المعهود من مثلها ويحتمل أن يريد استعمالها عاما والظاهر من لفظ الاستمتاع أنه ليس بذلك محض وانما هو انتفاع الى وقت أو على وجه مخصوص
(فصل) وقوله اذا دبغت شرط في اباحة الاستمتاع وينع ذلك الاستمتاع بها قبل الدبغ عند القائلين بدليل الخطاب دون غيرهم ممن لا يقول به وقد تقدم من قول أصحابنا في منع الانتفاع بها قبل الدبغ والله أعلم

﴿ ماجاء فمين يضطر الى أكل الميتة ﴾

ص ﴿ مالک ان أحسن مسمع في الرجل المضطر الى الميتة انه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها فان وجد عنها غنى طرحها ﴾ ش وهذا كما قال وذلك ان الله تعالى حرم الميتة فلا يجوز أكل لحمها وهذا اللفظ اذا أطلق في الشرع فائما ينطلق على غير المذكي وان كان المذكي ميتا فلا يجوز أكل الميتة لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والمعنى والله أعلم حرم عليكم أكلها وهذا مع الاختيار والسعة وأما مع الاضطرار فن اضطر الى أكل الميتة جاز أن يأكل منها والاصل في ذلك قوله تعالى قل لا أجد فيها وحى الى محر ما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا الى قوله غفور رحيم وقوله تعالى فن اضطر في محصة غير متجانف لاثم الآية فن اضطر الى أكل الميتة وألدم وألحم الخنزير جازله ذلك ووجه ذلك الآية المذكورة

(فصل) وقوله يأكل منها حتى يشبع ويتزود يريد ان اضطر الى أكلها واستباحتها بذلك فانه لا يقتصر على ما ردرمه منها بل يشبع منها الشبع التام ويتزود لانها مباحة له كما تمتنع من الطعام المباح في حال وجود الطعام لما كان مباحا له وقال ابن حبيب انما يأكل منها ما يقيم رفقته لئلا يأكل بعد ذلك حتى يصير من الضرورة الى حاله الأولى وبه قال عبد العزيز بن الماجشون وابنه ووجه ذلك ان الاباحة انما تثبت لحفظ النفس وذلك يوجد فيادون الشبع فإذا زاد لا يتناول لحفظ النفس فكان ممنوعا منه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون وحكاة القاضي أبو محمد محرمة عليه يومه وليته ومن تعشى فهي محرمة عليه ليلته تلك واليوم بعدهم بعد ذلك ان وجد بنفسه قوة مضى على ذلك وان دخله ضعف وخاف الموت أو ما قال به جازله أن يأكل منها ما يرد نفسه وينهض في سفره وتعلق ابن حبيب في ذلك بما روى عن الاوزاعي عن حسان بن عطية عن أبي واقد الليثي ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اننا نكون بأرض تصينا فيها النخعة فحي تحبل لنا الميتة فقلل اذا لم تصطبخوا ولم تغتبقوا ولم تحتفوا بقلأشأنكم بها قال عبد الملك يعني بالاصطباح الغداة والاعتباق العشاء والاحتفاء جمع البقل وأكله وذلك يدل على انه لا يأكل الميتة ما وجد تعيلا من تبقل أو غيره بمسك نفسه ويؤمنه الموت ص ﴿ سئل مالک عن الرجل يضطر الى الميتة يأكل منها وهو يجدهم القوم أو زرعاً أو غنماً بمكانه ذلك قال مالک ان ظن ان أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضرورته حتى لا يعدسار قاطع يده رأيت أن يأكل من أي ذلك وجد ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيئا وذلك أحب الى من أن يأكل الميتة وان هو خشي أن لا يصدقه وان يعدسار قاطعاً ما أصاب من ذلك فان أكل الميتة خير له عندى وله في أكل الميتة على هذا الوجه سعة مع أني أخاف أن يعد وعاد من لم يضطر الى الميتة يريد استجازه أخذ أموال الناس وزرعهم وثمارهم بذلك بدون اضطرار قال مالک وهذا أحسن مسمعت

﴿ ماجاء فمين يضطر الى أكل الميتة ﴾
* حدثني يحيى عن مالک ان أحسن مسمع في الرجل يضطر الى الميتة انه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها فان وجد عنها غنى طرحها * وسئل مالک عن الرجل يضطر الى الميتة يأكل منها وهو يجدهم القوم أو زرعاً أو غنماً بمكانه ذلك قال مالک ان ظن ان أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضرورته حتى لا يعدسار قاطع يده رأيت أن يأكل من أي ذلك وجد ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيئا وذلك أحب الى من أن يأكل الميتة وان هو خشي أن لا يصدقه وان يعدسار قاطعاً ما أصاب من ذلك فان أكل الميتة خير له عندى وله في أكل الميتة على هذا الوجه سعة مع أني أخاف أن يعد وعاد من لم يضطر الى الميتة يريد استجازه أخذ أموال الناس وزرعهم وثمارهم بذلك بدون اضطرار قال مالک وهذا أحسن مسمعت

ملا يمكن الوصول اليه فلا يخلو أن يكون مما لا قطع فيه كالتمر المعلق والزرع القائم ونحوه أو يكون مما فيه القطع إذا أخذ على وجه السرقة كالمال في الحرز فإن كان مما لا قطع فيه فقد قال مالك من رواية محمد بن عمار أن خفي ذلك فليأخذ منه وأما ما وجد ثمراً أو زرعاً وغنماً القوم فظن أن يصدقوه ولا يعدوه سارقاً فليأكل كل من ذلك أحب إلى من الميتة فشرط في المسئلة الأولى وهو في التمر المعلق أن يخفي له ذلك لمعنيين أحدهما أن يعلم أنه لا اثم عليه في ذلك ولا شيء في يمينه وبين الله وما يجب أن يحترز في ذلك من المخلوقين لنفسه فربما أودى أو ضرب ضرباً عنيفاً أن علم به ولم يعذر بما يدعيه من الضرورة وشرط في القسم الآخر أن يصدقوه وهو في التمر الذي قد آواه إلى حرزه والزرع الذي حصده أو إلى حرزه والغنم التي في حرزها وهي التي أراد في مسئلة الكتاب ولذلك قال أنه ربما قطع يده ولم يصدقوه ولم يشترط أن يخفي له ذلك لأن أخذه على وجه السرقة هو الذي يعاقب عليه بالقطع فأنما يجب أن يأخذه معلماً أن علم أنهم يصدقونه وأن لم يعلم ذلك فلا يتعرض إلى أخذه على وجه الاستسرار لأن ذلك يؤدي إلى قطع يده والذي يأخذ من التمر المعلق لأعلى وجه الاستسرار فذلك لا يوجب قطع يده

(فصل) وقوله فيما يجده من التمر والزرع والغنم لغيره أن ظن أنهم يصدقونه فإنه يأكل منه ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيئاً وافرقت بين أكله من هذا وبين أكله من الميتة في الميتة قال يسبح ويتزود وقال في هذا يأكل ما يرد جوعه ولا يتزود ووجه ذلك أن هذا مال لغيره فهو ممنوع منه لحق الله ولحق مالكه فليس له أن يأخذ منه إلا بقدر ما يرد به ريقه وأما الميتة فليست بمال لغيره وإنما هي ممنوعة لحق الله تعالى وحقوق الله تعالى إذا استبيحت للضرورة تجاوزت الرخصة فيها مواضع الضرورة وحقوق الآدميين لا تجاوز مواضع الحاجة والضرورة وهذا الفرق على رواية الموطأ ورواية ابن المواز وأما على رواية ابن حبيب وهي الرواية الثانية عن مالك فلا فرق بينهما

(فصل) وقوله وذلك أحب إلى من أن يأكل الميتة يريد أن يأكله من التمر أو الزرع مباح العين وإنما هو ممنوع منه لحق الغير وإذا بلغت الضرورة منه إلى استباحة الميتة فقلزم صاحب هذا التمر أو الزرع أن يعطيه منه ما يرد به ريقه أن لم يكن عنده ثمن أو يبيعه منه أن كان عنده ثمن فإذا أخذ بقدر ذلك فقد بلغ به حقه وكان مباحاً له من الوجهين من جهة أنه مباح في نفسه ومن جهة أنه قد لزمت صاحبه تسليمه إليه وأما الميتة فليست بمباحة في نفسها فكان أكل هذا الطعام الذي هو مباح في نفسه أولى

(فصل) وقوله وإن هو خشي أن لا يصدقوه وأن يعدوه سارقاً فإن أكل الميتة خبره له عندي يريد أنه إن خاف أن يعدوه سارقاً يأخذ ما يراه على وجه الاستتار من الحرز فيجب عليه بذلك القطع فأكل الميتة أولى ولا يحمل له أن يتعرض لما يوجب قطع يده وأضاف ذلك إلى رأيه وقتواه أمثاله لم يرفيه نضال غيره وأولاه قول اختاره من أقوال العلماء قبله

(فصل) وقوله مع أني أخاف أن يعدو عادي ممن لم يضطر إلى أكل الميتة يريد استجازه أخذ أموال الناس وزرعهم وثمارهم بذلك أظهر لئنه من ذلك غلة أخرى وهي أن ما يدعيه هذا من الضرورة أمر لا يعلم إلا من جهته وبقوله في الأغلب ولو شرع هذا للناس لتسبب أهل الظلم والعدوان إلى أخذ أموال الناس وزرعهم وثمارهم فإذا ظهر عليهم وظفر بهم ادعوا الضرورة فوجب سد هذا الباب ووجب على هذا المضطر أن يأكل الميتة ولا يتعرض لهذا الوجه الذي لا يخلو من أن يتهم فيه ولو

صدق فيه لتسبب به غيره فهو ليس بصادق ولا يعرف كذبه كما يعرف صدق هذا الذي ادعى
الضرورة الى أكل زروع الناس وثمارهم (مسئلة) وانما خص مالك في هذه المسئلة أن يحرز
الزروع والثمار والماشية دون سائر أنواع الاموال لان هذه أو ما كان من جنسها ينتفع المضطر
بوجودها وأما ما كان من غير جنسها من الاموال كالثياب والعين فلا منفعة له فيها لانه لا يمكنه أكلها
فلا يجوز له أن يأخذ شيئاً منها سواء وجد ميتة أو لم يجدها وان كان بموضع يجده من يشترى منه الثياب
أو يبيعه طعاماً بالدينار والدراهم لما جازله كل الميتة ولا أخذ مال غيره بل يجب عليه أن يظهر
ضرورته ويسأل فان وهب ان لم يكن عنده ثمن أو يبيع منه ان كان عنده ثمن والا جازله قتالهم بمنزلة
منعه الماء من كتاب ابن المواز وفي المبسوط روى ابن وهب عن مالك من خاف من السباع فجاع
فتضيف قوماً فابوا أن يضيفوه فلا يتضيفهم الا برضاهم وليأكل الميتة وليكف عنهم وعن أموالهم الا
ما لقطع فيه يريد بأموالهم ما ليس بطعام وقد ورد ابن حبيب هذه المسئلة إيراداً حسناً فيبينها
واختصارها فقال قال مالك من نزلت به محصة خاف منها على نفسه وهو بمكان فيه مال مسلم يمكنه
الأكل منه فما كان من الثمار في رؤس النخل لقطع فيه قليلاً كل منها ما يرد نفسه ثم يكف ولا
يأكل الميتة وان كانت الثمار قد حُرزت قليلاً كل الميتة ولا يأكل منها الا باذن صاحبها وما كان من
الاموال من غير الثمار فانه يأكل الميتة لا يأكل منها شيئاً قال عبد الملك وهذا اذا وجد ميتة فان لم
يجدها وخاف الموت جازله أن يأكل من أي ذلك وجد من مال المسلم وان حضر صاحب المال
لفق عليه أن يأذنه في الأكل منه فان منعه فجازل للذي خاف الموت أن يقاتله حتى يصل الى أكل
ما يرد به نفسه (فرع) * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أن يدعوه أو لا الى أن
يبيعه منه بشئ في ذمته ويعرفه بضرورته فان أبى لم يستطع منه فان أبى أعلمه بأنه يقاتله عليه وليس له
أخذه ابتداءً بغير عوض خلافاً لمن قال بذلك قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان ذمة الانسان بدل
من ماله ولو كان له مال لم يجز أن يأخذ الا بعوض فكذلك ما يعاض منه (فرع) واذا أكل
المضطر الى الميتة مال غيره فقد قال الشيخ أبو القاسم يأكل منه ويضعن وقيل لاضمان عليه فيما
اضطر اليه وجه القول الاول انه أتلف مالاً لغيره لمنفعة نفسه فكانت عليه قيمته كغير المضطر فان
اضطراره انما يتعلق باباحة كله دون إسقاط عوضه ووجه القول الثاني انه مال جازله اتلافه من
غير اذن فلم يلزم ضمانه أصل ذلك المباح الذي لا ملك لاحد عليه (مسئلة) ومن وجد ميتة وصيدا
وهو محرم أكل الميتة ولم يملك الصيد لان بد كانه يكون ميتة وقتله محرم حال احرامه وقال محمد بن
عبد الحكم لو نابني ذلك لأكلت الصيد وان وجدت ميتة وخزير * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله
والأنظر عندى أن يأكل الميتة ويتمتع من الخنزير لانه ميتة مع انه لا يستباح بوجه ولا يجوز للمضطر
أكل لحم بني آدم وان خاف خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله ان من لا يجوز له قتله لحفظ نفسه
فانه لا يجوز له أكل لحمه أصله أكل لحم ميتة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العادم للطعام المضطر
الى أكل الميتة أكثر ما يكون ذلك في السفر والفقر على ما ذكرناه وقال ابن حبيب وأما في
الحواضر والمدن فليسأل في ذلك ولا يخلو السفر من أن يكون سفر مباحاً أو سفر محرماً أو سفر
مكروهاً فأما السفر المباح فهو الذي يجوز له أن يترخص فيه بأكل الميتة وأما السفر المحرم
فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز له ذلك ففرق بينه وبين القصر والفطر في سفر المعصية
وروى زياد بن عبد الرحمن الأندلسي أن العاصي في سفره يقصر الصلاة ويفطر في رمضان

فسرى بين ذلك كله وهو قول أبي حنيفة وقال ابن حبيب ومالك لا يجعل له أكل الميتة من ضرورة وبه قال الشافعي وجه القول الاول قوله تعالى ولا تقتلوا أنفسكم الآية ولانه لا خلاف انه لا يجوز له قتل نفسه بالامساك عن الأكل وانه مأثور بالأكل على وجه الوجوب ومن كان في سفر معصية لا يسقط عنه الفروض الواجبة من الصوم والصلاة بل يلزمه الاتيان بها فكذلك ما ذكرناه ووجه القول الثاني ان هذه المعاني على التخفيف والعون على الاسفار المباحة لحاجة الانسان اليها فلا يباح له أن يستعين بها على المعاصي وله سبيل الى أن لا يقتل نفسه قال ابن حبيب وذلك بان يتوب ثم يتناول لحم الميتة بعد توبته وقد تعلق ابن حبيب في ذلك بقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه الآية فاشترط في استباحة الميتة للضرورة أن لا يكون باغيا والمسافر على وجه المحاربة أو قطع رحم أو طالب اثم باغ ومتعد فلم يوجد فيه شرط الاباحة والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن اضطر الى شرب الخمر لجوع أو عطش حيث يجوز له أن يترخص بأكل الميتة فهل له أن يشربها روى ابن القاسم عن مالك في العتبية لا يشربها ولن يزيد له إلا عطشا قال الشيخ أبو بكر في شربه لا يشرب الخمر لانها لا تروى من عطش ولا تغني من جوع فبإيقال وأما ان كانت تشبع أو تروى فلا بأس أن يشربها عند الضرورة كالميتة وفي النوادر ذكر عن ابن حبيب فحين غص وخاف على نفسه ان له أن يسيغها بالخمر وقاله أبو الفرج وروى أصبغ عن ابن القاسم يشرب المضطر الدم ولا يشرب الخمر وبأكل الميتة ولا يقرب ضوال الابل وقاله ابن وهب (مسئلة) وأما التساوى فالمشهور من المذهب انه لا يجعل ذلك وقال ابن سحنون لا بأس أن يداوى بجرحه بعظام الأنعام المذكاة ولا يداوى به بعظام ميتة أو بعظم انسان أو خنزير ولا بعظم ما لا يحل أكله من الدواب وفي العتبية عن مالك في المترك يصنع من عظام الميتة ان جعل في قرحة أو جرح فلا يصلى به حتى يغسل وقال ابن حبيب ان صلى به لم يكن ممن صلى بنجاسة النار التي أحرقتة وقد خفف ابن الماجشون أن يصلى فاذا قلنا انه لا يجوز التساوى بها ويجوز استعمالها للضرورة فالفرق بين التساوى وبين الأكل والشرب للضرورة ما قاله وذلك ان التساوى لا يتيقن البرء به فلم يجز أن يستعمل المحظور فيه وأما الأكل والشرب للجوع والعطش فانه يتيقن البرء به فلذلك جاز استعماله وظاهر قول مالك في العتبية في التساوى بالمترك من عظام الميتة مع منعه من الصلاة يعقل ثلاثة أوجه أحدها انه ارباة عنه في التساوى بما لا يحل استعماله للضرورة والوجه الثاني انه انما أباح في ذلك ما فيه الخلاف وذلك أن ابن الماجشون جعل ذلك طاهرا وأما ما لا خلاف في نجاسته فلا يجوز ذلك فيه والوجه الثالث انه انما وقع الخلاف في استعماله خارج البدن فجوز مالك ومنعه ابن سحنون وأما شربه فيصير على الوجهين وقول ابن حبيب ان النار تطهر عظام الميتة خلاف المذهب لان العظم نجس العين وما نجس لعينه لم يطهر بوجهه وما نجس بمجاورة لا يطهر الاباء ومارواه عن ابن الماجشون مما انفرد به عبد الملك والله أعلم وأحكم

بسم الله الرحمن الرحيم
 كتاب الاثرية
 الحد في الخمر
 وحدثني عن مالك عن
 ابن شهاب عن السائب
 ابن يزيد انه أخبره ان عمر
 ابن الخطاب خرج عليهم
 فقال

بسم الله الرحمن الرحيم
 كتاب الاثرية
 الحد في الخمر

ص مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد انه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال

اني وجدت من فلان ربح شراب فزعم انه شراب الطلاء وأناسائل عما شرب فان كان يسكر جلده
فجلده عمر الحد ثامنا * ش قوله ان عمر بن الخطاب خرج عليهم يريد على المسلمين فقال اني وجدت
من فلان ربح شراب وفلان هذا يقال انه ابنه فروى معمر عن الزهري هذا الحديث فقال اني وجدت
من عبيد الله ربح شراب والأصح انه ابنه عبد الرحمن الأوسط وكان له ثلاثة بنين كلهم يسمى عبد
الرحمن أكبرهم يقال انه أدرك النبي صلى الله عليه وسلم والثاني هو أبو شحمة المجلود في الحمر
والثالث وهو أصغرهم جد عبد الرحمن بن المجر

(فصل) وقوله وجدت ربح شراب اسم الشراب ينطلق من جهة اللغة على كل مشروب مسكر
وغيره وانما وجد عمر بن الخطاب رضى الله عنه من الشارب ربح شراب ولم يتميز له هل هو ربح
مسكرا أو غيره ولو تميز له انه ربح شراب مسكرا لما احتاج أن يسأل عنه ان كان مسكرا أولا وقد
اختلف الفقهاء في وجوب الحد بالرائحة فذهب مالك وجاعة أصحابه الى أن الحد يجب على من
وجد فيه ربح المسكر ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي وقالوا لا حد عليه والدليل على ما ذهب
اليه مالك وأصحابه ما روى عن انس بن مالك أنه حضر عمر بن الخطاب وهو يجلد رجلا وجد منه
ربح شراب فجلده الحد ثامنا فوجه الدليل من ذلك أن عمر بن الخطاب حكم بهذا وكان ممن تشهر
فضايه وتنتشر ويتحدث بها وتنقل الى الآفاق ولم ينقل خلافه عليه ثبت انه اجماع ودليلنا من جهة
المعنى ان هذا معنى تعلم به صفة ماسر به المكاف وجنسه فوجب أن يكون طريقا الى اثبات الحد
أصل ذلك الرؤية لما شرب به بل الرائحة أقوى في حال المشروب من الرؤية لان الرؤية لا يعلم بها
الشراب أم مسكر هو أم لا وانما يعلم ذلك برائحة اذ ثبت ذلك في هذا ثلاثة أبواب * الباب الأول فممن
يجب استنكاكه ممن لا يجب ذلك فيه * الباب الثاني فممن يثبت ذلك بشهادته * الباب الثالث فممن
يجب في ذلك اذا تيقنت رائحة المسكر أو أشكلت

اني وجدت من فلان ربح
شراب فزعم انه شراب
الطلاء وأناسائل عما شرب
فان كان يسكر جلده
فجلده عمر الحد ثامنا

* الباب الأول فممن يجب استنكاكه *

وذلك بان يرى الخا كم منه تخليطا في قول أو مشى شبه السكران في الموازية من رواية أصبغ
عن ابن القاسم انه اذا رأى ذلك منه أمر باستنكاكه قال لانه قد بلغ الى الحكم فلا يسعه التحقيق فاذا
ثبت الحد أقامه (مسئلة) وكذلك لو شتم منه رائحة ينكرها أو أخبره بحضرته من ينكرها منه *
قال القاضي أبو الوليد فعندى انه قد تعين عليه استنكاكه وتحقيق حاله لان هذه صفة ينكر بها حاله
فيجب اختباره وتحقيق حاله كالتخليط في الكلام والمشي والله أعلم (مسئلة) فان لم يظهر
منه شيء من هذه الأحوال يريد التخليط في القول والمشي لم يستنكه رواء أصبغ عن ابن القاسم
في العتبية والموازية قال ولا يتجسس عليه ووجه ذلك أنه لم ير ربة ولا خروا جاعن أحوال الناس
المعتادة ولا يجوز التعرض لهم من غير ربة

* الباب الثاني فممن يثبت ذلك بشهادته *

فأما من ثبت ذلك بشهادته فانه يحتاج الى معرفة صفاتهم وعددهم فأما صفاتهم فقد قال القاضي أبو
الحسن في كتابه ان صفة الشاهدين على الرائحة أن يكونا ممن خبر شر بها في وقت اما في حال كفرهما
أو شر باها في اسلامهما فجلد اثم تابا حتى يكونا ممن يعرف الخمر بريحها قال القاضي أبو الوليد وهذا
عندى فيه نظرا لأن من هذه صفته معدوم أو قليل ولولم تثبت الرائحة الابشادة من هذه صفته لبطلت
الشهادة فيها في الاغلب ووجه ثان وهو أنه قد يكون ممن لم يشرب قط ولكن يعرف رائحته معرفة

فحيثما كان يخبره عنها المرة بعد المرة من قد شربها أنها هي رائحة الخمر حتى يعرف ذلك كما يعرفها الذي قد شربها (مسئلة) وأما العدد فلا يخلو أن يكون الخمر كما أمر الشهود بالاستنكاه أو فعلوا هم ذلك ابتداءً فإن كان الخمر كما أمرهم بذلك فقد روى ابن حبيب عن أصبغ أنه استحب أن يأمر شاهدين فإن لم يكن الا واحد وجب به الحد وأما ان كان الشهود فعلوا ذلك من قبل أنفسهم فلا يجزى أقل من اثنين كالشهادة على الشرب وقد روى ابن وهب عن مالك أنه ان لم يكن مع الخمر الا واحد فلا يرفعها الى من هو فوقه ومارواه ابن حبيب عن أصبغ مبنى عندى على أن الخمر كما يحكم بعلمه فلذلك جاز عنده علم من استناب والافقد يجب أن لا يجزى ذلك حتى يشهد عنده فيه شاهدان

باب الثالث فيما يجب بشهادة الاستنكاه

أما شهادة الاستنكاه فلا يخلو أن يكون الشهود متيقنين للرائحة أو شاكين فإن كانوا متيقنين للرائحة فلا يخلو أن يتفقوا على أنها رائحة المسكر أو على أنها رائحة غير مسكر أو يختلفوا في ذلك فإن اتفقوا على أنها غير رائحة مسكر فلا نعلم في المذهب خلافا في ترك وجوب الحد فإن اتفقوا على أنها رائحة مسكر وجب عليه الحد وان اختلفوا فقال بعضهم هي رائحة مسكر وقال آخرون ليست برائحة مسكر فقد قال ابن حبيب اذا اجتمع منهم اثنان على أنها رائحة مسكر حد ووجه ذلك أن الشهادة قد قامت وكلفت باجتماع شاهدين على أنها رائحة مسكر فلا يؤثر في ذلك نفي من نفي مقتضاها كالمشهد شاهدان رأينا يشرب خمرًا وقال شاهدان آخران لم يشرب خمرًا (مسئلة) فإن شك الشهود في الرائحة هل هي رائحة مسكر أو غير مسكر نظرت حاله فإن كان من أهل السفه نكل وان كان من أهل العدل خلى سبيله حكاه ابن القاسم في العتبية والموازية عن مالك ووجه ذلك أن من عرف بالسفه والشرب والتخليط وخيف أن يكون ماشك فيه مما حرم عليه وجب أن يزجر عن التشبه بذلك لئلا يتطرق بذلك الى اظهار معصية وأما من كان من أهل العدل فبعد عنه الريبة (فرع) اذا ثبت ذلك فإن الحد يتعلق بما يقع به الفطر من جواز الشرب الفم الى الحلق

(فصل) وقوله فرع انه شرب الطلاء دليل على أن عمر بن الخطاب لم يتيقن ذلك ولا يتحقق هل هو ربيع مسكر أو غيره ويحتمل أن يكون لم يعرف الطلاء فأراد أن يسأل عنه ولم يعول على اقراره أنه لم يشرب غير ذلك ويحتمل أن يكون عرف الطلاء ولم يعرف صدقه في كونه طلاء لا يسكر فأراد أن يسأل عنه ويتوصل الى معرفة ذلك اما باستنكاهه أو بالنظر الى بقيته وشبهه ان كانت بقيت منه بقية (فصل) وقوله فان كان يسكر جلدته ظاهر في أن ما يسكر عندهم يجب به عندهم الحد وان لم يبلغ الشارب حد السكر ولو بلغ حد السكر لم يحتج الى السؤال عن الشارب لأنه انما ذكر الجنس ولم يذكر المقدار ولو اعتبر ذلك بالمقدار لقال انه شرب يسيرا من الطلاء وأناسا تل عن ذلك المقدار ولما لم يقل ذلك وعلق حكم الحد على الجنس علم أنه اعتبر به دون غيره

(فصل) وقوله فجعله عمر بن الخطاب الحد ما يريد أنه جلده جلد الخمر ولم يعزره على ما قاله بعض العلماء انه يعزر ويعاقب وينكل اذا أشكل أمره وتعلقت التهمة به ص مالك عن ثور ابن زيد الدبلي أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن أبي طالب نرى أن تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى أو كما قال فجعله عمر بن الخطاب في الخمر ثمانين ش قوله أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل وجواب على يدل على أنه انما استشار في قدر الحد وانما كان ذلك لأن الاصح أنه لم يتقرر في زمن النبي صلى الله

وحدثني عن مالك عن
ثور بن زيد الدبلي أن عمر
ابن الخطاب استشار في
الخمر يشربها الرجل فقال
له علي بن أبي طالب نرى
أن تجلده ثمانين فانه اذا
شرب سكر واذا سكر هذى
واذا هذى افترى أو كما قال
فجعله عمر في الخمر ثمانين .

عليه وسلم بمعنى أنه لم يحذفه حد بقول يعلم لا يزاد - لمية ولا ينقص عنه وإنما كان يضرب مقدار قدرته الصحابة واختلفوا في تقديره يدل على ذلك ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال ما من رجل أفت عليه حدان فأجد في نفسي منه شيئا إلا شارب الخمر فإنه ان مات فيه وديته لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبينه ومعنى ذلك أنه لم يحذفه بقول يحصره ويمنع الزيادة فيه والنقص منه فحدوه باجتهادهم وروى أنس أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل قد شرب الخمر فجعله بجر يدتين نحو من أربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر وقد تقدم من قول علي بن أبي طالب أنه قال إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى ففاسه على المفترى واستدل أن ذلك حكمه وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة أن حد شارب الخمر ثمانون وقال الشافعي أربعون والدليل على ما نقوله ما روى من الأحاديث الدالة على أنه لم يكن من النبي صلى الله عليه وسلم نص في ذلك على تحديد وكان الناس على ذلك ثم وقع الاجتهاد في ذلك في زمن عمر بن الخطاب ولم يوجد عند أحد منهم نص على تحديد وذلك من أقوى الدليل على عدم النص فيه لأنه لا يصح أن يكون فيه نص باق حكمه ويذهب على الأمة لأن ذلك كان يكون اجاعا منهم على الخطأ ولا يجوز ذلك على الأمة ثم أجمعوا واتفقوا أن الحد ثمانون وحكم بذلك على ملائمتهم ولم يعلم لاحد فيه مخالفة فثبت أنه اجاع ودليلنا من جهة القياس أن هذا حد في معصية فلم يكن أقل من ثمانين كحد الفرية والزنى

(فصل) وقوله فجعله عمر في الخمر ثمانين يريد والله أعلم أن جميعها حد وهو المفهوم من قولهم جلد في الزنى مائة وفي الفرية ثمانين وقال بعض أصحاب الشافعي أنه إنما جلد الأربعين تعزيرا والجواب أن الظاهر ما ذكرناه فلا يعدل عنه إلا بدليل وجواب ثان وهو أن ما ورد جواب علي رضي الله عنه على سؤال عمر فيما يجب عليه من الحد فأجاب به ثمانين وقاسه على حد الفرية وذلك يقتضي أنها حد كلها وقال له عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أخف الحدود ثمانون فأخذ عمر بقولهما وهذا يقتضي أنه ضرب الثمانين كلها حدا وقد روى ابن الموزان عن عمر بن الخطاب جلد قدامه في الخمر ثمانين وزاده ثلاثين وقال له هذا تأويل لكتاب الله على غير تأويله وفي ذلك خمسة أبواب * الباب الأول في صفة الشهادة التي يثبت بها الحد * والباب الثاني في صفة الضرب وصفة ما يضرب به * والباب الثالث فيما يضاف إلى الحد * والباب الرابع في تكرار الحد * والباب الخامس فيما يسقط الحد

﴿ الباب الأول في صفة الشهادة ﴾

أما الشهادة التي يثبت بها الحد فهو أن يشهد شاهدان أنه شرب المسكر إما بمعاينة ذلك أو بإقراره به على نفسه أو بشم رائحة ذلك منه على ما تقدم ولو شهد أنه قاء خرا لوجهه عليه الحد لأنه لا يقيها حتى يشربها وقد روى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (مسئلة) فإن شهد شاهدان أنه شرب خرا وشهد آخر أنه شرب مسكرا جلد الحد رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك أنهما قد شهدا أنه شرب مسكرا لأن اسم الخمر لا يقع إلا على مسكر وعندنا أن كل مسكر حرام فإذا شهد أحد هما على أنه شرب خرا وشهد آخر على أنه شرب مسكرا فقد اتفقا على أنه شرب خرا وعلى أنه شرب مسكرا لأن كل خمر مسكر وكل مسكر خمر فقد اتفقا في المعنى فلا اعتبار بخلاف الألفاظ

﴿ الباب الثاني في صفة الضرب وما يضرب به ﴾

روى ابن الموزان أنه لا يتولى ضرب الحد قويا ولا ضعيفا ولكن رجل وسط من الرجال وروى عن

ملاك انه يضرب ضرب باين اثنين ليس بالخفيف ولا المومع وقال مالك كنت أسمع انه يختار له العدل وروى ابن الموزان انه يضرب على الظهر والكتفين دون سائر الأعضاء ويكون المحدود قاعد الا يربط ولا يمد وتحمل له يدها قاله مالك في العتبية ويجرد الرجل للضرب ويترك على المرأة ما يستر جسدها ولا يقبها الضرب (مسئلة) ويضرب بسوط بين سوطين ولا يقام حد الخمر الا بالسوط قال أبو زيد عن ابن القاسم فان ضرب بالدرة على ظهره أجزأه وما هو بالبين وجه القول الأول انه حد فلا يقام الا بالسوط أصل ذلك حد الزنا ووجه الرواية الثانية ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بالجريد والنعال

﴿ الباب الثالث فيما يضاف الى الحد ﴾

هل يضاف اليه خلق الرأس أم لا روى أشهب عن مالك في العتبية لا يحرق رجل ولا امرأة في الخمر ولا القذف لأن خلق الرأس تمثيل وزيادة على الحد من غير جنسه فلم يلزم ذلك كما لا يلزم حلق لحيته ولا غير ذلك من وجوه التمثيل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابه بعده قد حدوا في الخمر والفربة ولم يرو عن أحد منهم انه مثل بالمحدود (مسئلة) وعمل يطاف بشارب الخمر قال ابن حبيب لا يطاف به ولا يسجن الا المدمن المعتاد المشهور بالفسق فلا بأس أن يطاف به ويفضح ومثل ذلك روى أشهب عن مالك في العتبية ووجه ذلك انه اذا بلغ هذا الحد من الفسق والفجور فواجب أن يفضح لأن في ذلك ردع له واذا لاله فيما هو فيه واعلاما للناس بحاله فلا يغير به أحد من أهل الفضل والتعاون في نكاح ولا غيره وأما السجن فقد قال ابن حبيب واستحب مالك المدمن الخمر المشهور بالفسق أن يلزم السجن وقال ابن الماجشون في العتبية من أقيم عليه حد الخمر أو غيره من الحدود وما كان فليخل سبيله ولا يسجن وجه قول مالك أن في الزامه السجن منعه مما لم ينته عنه بالحد وكفالا ذاه عن الناس لأن في اعلانه بالمعاصي أذى للناس وأهل الدين والفضل ووجه قول ابن الماجشون ان الحد في جميع ما يجب عليه بشرب الخمر أو الزنا فاما السجن فلا يجب ذلك عليه بفعله وانما يجب عليه بادمان أو غيره من الاعلان بالفسق والله أعلم

﴿ الباب الرابع في تكرار الحد ﴾

نماذا تكرر من الرجل شرب الخمر لزمه حد واحد فان شربه بعد ذلك لزمه حد آخر قاله مالك وأصحابه ولا نعلم في ذلك خلافا بينهم وذلك أن هذا حكم سائر الحدود وحقوق الله تعالى فانه من زنى مرارا فانما يقام عليه حد واحد ثم ان زنى بعد ذلك أقيم عليه الحد لان الحد زجر عما تقدم من فعله قل ذلك أو كثر نمتنع عن مثله في المستقبل لان الحدود موانع عن معاصي الله تعالى فاذا أقيم عليه ذلك ثم أوقعها بعد الحد لزم أن يقام عليه الحد ثانية سواء واقع بعد الحد مرة أو مرارا لانه يحتاج من الزجر على ما أتى منه بعد الحد الى مثل ما احتاج اليه منه فيما أتاه قبل الحد (مسئلة) اذا ثبت ان الحدود التي سبها من جنس واحد تتداخل كحد الخمر وحد الزنا وحد القذف فان كان الحدان بسببهما من جنس مثل حد الخمر وحد القذف أو وحد القذف أو وحد الزنى فلا يخلو أن يكون عدد الحدين سواء أو مختلفا فان تساوا كحد الخمر وحد القذف فانهما يتداخلان قاله مالك قال ابن القاسم وسواء اجتمعا أو افترا ووجه ذلك انهما حدان عدد هما وجنسهما واحد فوجب أن يتداخل كما لو كان سببهما واحدا وأما اذا كان عدد هما مختلفا فهل أن يزنى ويقذف فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابن الماجشون يجرى أكثر مما عن أقلهما وقال ابن القاسم لا يجرى أحدهما عن الآخر ولا بد من اقامتهما وجه قول ابن الماجشون

أن هذين جدان من جنس واحد فوجب أن يتداخلا أصل ذلك إذا كان عدد هما واحدا ووجه قول ابن القاسم أن هذين جدان يختلف عددهما فلا يتداخلا كانا من جنسين مختلفين

﴿ الباب الخامس فيما يسقط الحد عن شارب الخمر ﴾

وذلك كالأعجمي الذي دخل في الإسلام ولم يعلم تحريم الخمر فلا عذر له في ذلك ويقام عليه الحد رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه إلا ابن وهب فإن أباز يدرى عنه أنه إذا كان البدوي الذي لم يقرأ الكتاب ولم يعلمه ويجهل مثل هذا فإنه لا يحده ويعذر قال ابن المواز واحتج مالك لذلك بأن الإسلام قد فشا ولا أحد يجهل شيئا من الحدود (مسئلة) ومن تأول في المسكر من غير الخمر أنه حلال فلا عذر له في ذلك وعليه الحد رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه ولعل هذا انما هو فحين ليس من أهل الاجتهاد وأما من كان من أهل الاجتهاد والعلم فالصواب أنه لا حد عليه إلا أن يسكر منه وقد جالس مالك سفيان الثوري وغيره من الأئمة ممن كان يرى شرب النبيذ مباحا أقام على أحد منهم الحد ولادعاه اليه مع اقرارهم بشربه وتظاهروا به ومناظرتهم فيه وقدرى عن مالك أنه قال ما ورد علينا مشرق مثل سفيان الثوري أمانه آخر ما قرئني على أن لا يشرب النبيذ وهذا يقتضي أنه لم يفارقه قبل ذلك على هذا ولكنه لما تكررت مناظرته له فيه وتبين له وجه الصواب فيما قاله مالك اعتقده أنه لا يعاود شربه (مسئلة) ومن شرب الخمر ثم تاب لم تسقط عنه توبته الحد وروى عن الشافعي أن توبته تسقط عنه الحد ص ﴿ مالك عن ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني أن عليه نصف حد الحر في الخمر وأن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف حد الحر في الخمر ﴾ ش قوله أن على العبد نصف حد الحر في الخمر يريد أن يعين جلدته لأنه خدمتهاه الثمانون كحد الحرية لأن الحر يجلد في القذف ثمانين ويجلد أربعين فكذلك من شرب الخمر (فصل) وقوله أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف جلد الحر في الخمر وعمر بن الخطاب أمير المؤمنين وكذلك عثمان ويحتمل أن يكون أقالما الحد على عبيدهما في أمارتهم ما فيكون لهذا ذلك بحق الإمامة وأما عبد الله بن عمر فلم يقيم الحد على عبيده إلا بملكه لهم وفي ذلك بابان ﴿ الأول منهما في صفة من يقيم الحد ﴾ والثاني في صفة من يقيم عليه

(الباب الأول في صفة من يقيم الحد)

يقيم عليه على الأحرار السلطان قال محمد بن عبد الحكم وأحب إلى أن يضرب الحدود بين يدي القاضي لئلا يتعدى فيها وهذا في الحر وأما العبد فلا بأس أن يقيم عليه سيده الحد إذا كان الحد جلدًا قاله مالك وأصحابه وكذلك في حد الخمر إذا شهد عليه شاهدان غير سيده وسواء كان السيد ذكرا أو أنثى وهذا إذا كان العبد ذكرا فاما أن كانت أمة جاز للسيد أن يقيم عليها الحد إذا لم يكن لها زوج أو كان زوجها عبيده فان كان زوجها غير عبيده فقد قال مالك ليس للسيد إقامة الحد عليها وإنما ذلك لحرمة الزوج قال وعسى أن يعتق ولده منها فيقتلوا بآبائهم

(الباب الثاني في صفة المحدود)

قد تقدم أنه إن كان حر الخدم ثمانون وإن كان عبداً فخدمه أربعون لأن هذا حد يجلد فيه الحر أربعين كحد القذف (مسئلة) فان كان شارب الخمر سكرانا فقد قال ابن القاسم لا يضرب وهو سكران وإن كان خشي أن يأتيه فيه شفاعتة تبطل حق الله فليضربه في حال سكره ووجه ذلك أن الحد للردع والزجر والسكران لا يدكر ما يجري عليه فلا يكون له فيه ردع (مسئلة) فان كان

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني أن عليه نصف حد الحر في الخمر وأن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف حد الحر في الخمر

جميعها مجل جلد وان كان مريضاً أخر حتى يفيق وكذلك المرأة تدعى انها حامل قال مالك لا يعجل عليها حتى يتبين أمرها فان تبين ان ليس لها حمل أقيم عليها الحد وان تبين ان بها حمل أخرت حتى تضع واستؤجر لولدها من يرضعه ان كان له مال وأقيم عليها الحد في زنا وسرقة أو فدى أو شرب خمر أو قصاص ووجه ذلك ان هذه معان يرجى قرب زوالها وبرؤها منها وأما الكبر والهرم والضعف عن حمل الحد قال مالك يجلد ولا يؤخر اذ ليس لا فاقتهم وقت يؤخرون اليه ص * مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ما من شيء الا يحب الله أن يعفى عنه ما لم يكن حداً * ش قوله ما من شيء الا يحب الله أن يعفى عنه ما لم يكن حداً يحتمل معنيين أحدهما أن يريد ان الحدود اذا بلغت الامام أو من يقوم مقامه من شرطه فانه لا يجوز زللام العفو عنه ولا الستر له * والوجه الثاني ان يريد بذلك ان من الحدود ما لا يجوز لصاحبها العفو عنها بعد بلوغها الامام كحد القذف فقد اختلف قول مالك في ذلك وسيأتى في كتاب حد القذف مبينا ان شاء الله تعالى ص * قال مالك السنة عندنا ان كل من شرب شراباً مسكراً فسكراً ولم يسكر فقد وجب عليه الحد * ش وهذا كما قال ان من شرب مسكراً أى نوع كان من الأنواع المسكرة من عنب كانت أو من غير عنب مطبوخاً كان أو غير مطبوخ قليلاً شرب منه أو كثيراً فقد وجب عليه الحد فسكراً ولم يسكر هذا مذهب أهل المدينة ومالك وغيره وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ما خرج من النخل والكرم فقليله وكثيره حرام ما لم يطبخ وطبخه ان يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه وما عدا ما يخرج من النخل والكرم فهو جلال من غير طبخ الا ان المسكر منه محرم وهذه المسئلة قد كاد أصحاب أبي حنيفة يجحدونها ولا يرون المناظرة فيها ويقولون ان السائل عنها انما يذهب الى التشنيع والتوبيخ وذلك انهم لطول الأمد ووصول الأدلة اليهم وتكررها عليهم تبين لهم ما فيها الا انهم مع ذلك يدونونها في كتبهم بألفاظ ليس فيها ذلك التصريح ويتأولونها على أوجه تخفف أمرها عندهم ولنا في هذه المسئلة طريقتان أحدهما اثبات اسم الخمر لكل مسكر والثاني اثبات تحريم كل شراب مسكر * فاما الأول فان مذهب مالك والشافعي ان اسم الخمر يقع على كل شراب مسكر من عنب كان أو من غيره وقال أبو حنيفة انما الخمر اسم المسكر من عصير العنب ما لم يطبخ الطبخ المذكور والدليل على ما نقله ما روى عن ابن عمر انه قال خطب عمر على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نزل تحريم الخمر وهي من خمسة أشياء العنب والنثر والحنطة والشعير والعسل والخمر ما خمر العقل فوجه الدليل من هذا الخبر ان عمر ابن الخطاب قال ان الخمر يكون من هذه الخمسة الأشياء وعمر بن الخطاب من أهل اللسان فلوانفرد بهذا القول لاحج بقوله فكيف وقد خطب بذلك بحضرة قريش والعرب والعجم وسائر المسلمين فلم ينكر ذلك عليه فثبت انه اجماع ووجه آخر وهو انه قال والخمر ما خمر العقل فانه يسمى الخمر وانها بذلك تسمى خمر * والدليل على ان كل مسكر محرم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام الى قوله فهل أنتم منتهون فلنا من الآية أدلة انه تعالى قال انه رجس من عمل الشيطان وهذه صفة المحرم * والثاني انه تعالى قال فاجتنبوه فأمر باجتناب ذلك والأمر يقتضي الوجوب ووجه ثالث انه وعد على ذلك بالفلاح وهو البقاء ولو كان الفلاح وهو البقاء في الخمر من ثواب من لا يجتنبها لما كان لهذا الوعيد وجه ووجه رابع انه وصفها تعالى بانها توقع بين المؤمنين العداوة والبغضاء وتصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهذه صفة المحرمات ووجه خامس انه تعالى توعد على مواقعها بقوله تعالى فهل أنتم منتهون وهذا غاية الوعيد ولا يتوعد الا على محظور محرم ودليلنا

* وحديثي عن مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول ما من شيء الا يحب الله أن يعفى عنه ما لم يكن حداً قال يحيى قال مالك والسنة عندنا ان كل من شرب شراباً مسكراً فسكراً ولم يسكر فقد وجب عليه الحد

من جهة السنة ما روى داود عن أبي الفرات عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أسكر كثيره فقليله حرام ودليلنا من جهة القياس ان هذا شراب فيه شدة مطربة فوجب أن يكون قليله حراماً أصله عصير العنب والله أعلم

﴿ ما ينهى أن ينبذ فيه ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس في بعض مغازيه فقال عبد الله بن عمر فأقبلت نحوه فانصرف قبل أن أبلغه فسألت ماذا قال فقيل نهى أن ينبذ في الدباء والمنزف * مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ في الدباء والمنزف * ش قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب في بعض المغازي على حسب ما كان ينبغي من القاء الاحكام اليهم وتعليم ما يجب عليهم في المغازي وعلى حسب ما يرى من الحاجة الى ذلك وقول عبد الله فأقبلت نحوه يريد انه أقبل اليه ليسمع ما يخطب به ويتعلم ما يعلمه وما يأمر به وينهى عنه وعلى حسب ذلك كانت الصحابة رضي الله عنهم تفعل حرصاً على الاقتباس منه والاخذ عنه ومسارعة الى امتثال أوامره واجتناب نواهيه

(فصل) وقوله فانصرف النبي صلى الله عليه وسلم يريد عن خطبته قبل أن يبلغه عبد الله بن عمر فسأل عبد الله بن عمر من حضر خطبته أو من علم ما خطب به ماذا قال لثلاثة وثلاثة علم ذلك حين فاته حضوره فقيل له انه نهى صلى الله عليه وسلم عن أن ينبذ في الدباء والمنزف ولم يحتج عبد الله بن عمر أن يذكر من أخبره بذلك لما علم ان مثله لا يأخذ الا عن يثق به على نقل الدين اليه مع انه لا خلاف في عدالة جميع الصحابة ولا خلاف في جواز الاخذ بما سئلوا وكذلك يجب أن يكون من علم من حله من الأئمة أنه لا يرسل الا عن يثق به حديثه

(فصل) ونهى صلى الله عليه وسلم عن أن ينبذ في الدباء والمنزف هو القرع والمنزف هو ما طلى بالزفت وهو القار قال ابن حبيب قال أهل العلم انما نهى عنه لثلاثة ليعجل تغيير ما ينبذ فيها قال ابن حبيب فأخذ مالك بكرهية نبيذ الدباء والمنزف قال ابن حبيب والتخليل أحب الى فيها وبه أقول وجه رواية المنع منع الفعل وهو الانتباز ونهى صلى الله عليه وسلم أن ينبذ في الدباء والمنزف والنهي يقتضي التحريم أو الكراهية ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى يجعل شدة النيبذ ويغيره فوجب أن يكون ممنوعاً كالخليطين ووجه ما ذهب اليه ابن حبيب ما زعم انه منسوخ وتعلق في ذلك بما روى عن بريدة الاسلمي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كنت نهيتكم عن النيبذ الا في سقاء فاشربوا واتقوا كل مسكر ومن جهة المعنى انه شراب ليست فيه شدة مطربة فوجب أن يكون مباح الانتباز أصل ذلك افراده وانتبازه في السقاء (فرع) فاذا قلنا بالمنع من الانتباز فيها فنحن اجترأ على ذلك جازاً أن يشرب النبيذ ما لم يسكر كتحليل الخمر من اجترأ عليها وخلها لم يحرم عليه شربها (مسئلة) وهذا اذا كان المنزف اناء غير الزقاق وأما الزقاق فقد روى أشهب عن مالك اباحة الانتباز في الزقاق المنزف والفرق بين الزقاق وبين غيره من الظروف التي يجوز الانتباز فيها من غير تزفيت انه اذا زفت الجميع ليس بين والظاهر أن يمنع المنزف وذلك كله زقاق وغيره لان النهي ورد عام عن المنزف ولم يخص زقاقاً من غيرها (مسئلة) وأما الجرار فقد روى أشهب عن مالك انه أجاز نبيذ الجرار * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندى أن ير يد الجرار العارية من الختم وقد روى عن عبد الله بن

﴿ ما ينهى أن ينبذ فيه ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس في بعض مغازيه فقال عبد الله بن عمر فأقبلت نحوه فانصرف قبل أن أبلغه فسألت ماذا قال فقيل نهى أن ينبذ في الدباء والمنزف في الدباء والمنزف * وحدثني عن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ في الدباء والمنزف * وحدثني عن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ في الدباء والمنزف

مسعودان النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في نبيذ الجرار ومن جهة المعنى أن معنى نبيذ لا يجعل
 الشدة المطربة فلم يمنع الانتباز كالاسقية وما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن نبيذ
 الجرار فله أن يرى الذي طلى بالحنتم أو المزفت والله أعلم (مسئلة) وأما الحنتم فقد روى ابن حبيب
 عن مالك أنه أرخص فيه وقد روى القاضي أبو محمد المنع منه على التحريم * قال القاضي أبو الوليد
 وعندى أن المنع منه كالمنع من المزفت لأنه يحدث من اسراع الشدة ما يحدثه المزفت والاصل في
 ذلك ما روى عن عبد الله بن عباس أن وفد عبد القيس أتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا انا نأتيك
 من شقة بعيدة وبيننا وبينك هذا الحى من كفار مضر ولا نستطيع أن نأتيك الا في شهر حرام فرنا
 بأمر نخبه به من وراءنا ندخل به الجنة فأمرهم بأربع ونهاهم عن أربع أمرهم بالإيمان بالله وحده
 هل تدرون ما الإيمان بالله وحده شهادة أن لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقام
 الصلاة وآتاء الزكاة وصوم رمضان وتعطوا الخس من المغنم ونهاهم عن الدب والحنتم والمزفت ورما
 قال الراوى النخبر ور بما قال المقبر قال صلى الله عليه وسلم احفظوها وأخبرواهم من وراءكم قال ابن
 حبيب والحنتم الجرح وهو كل ما كان من فخار ابيض أو أخضر وهذا الذى قاله ابن حبيب يحتاج الى
 تأمل لانه ليس كل فخار حتماً وإنما الحنتم ما طلى من الفخار بالحنتم المعمول من الزخاج وغيره وهو
 يعجل الشدة في الشراب وأما الفخار الذى لم يطل فلا وحكمه حكم الحجر (مسئلة) وأما النخب فهو
 العود المنقور وقد روى ابن حبيب عن مالك أنه كرهه وهو عنده كالزفت وجه الرواية الأولى أنه
 لا يبلغ من التعجيل مبلغ الدباء والمزفت وقد ورد الحديث وكنت نهيتكم عن الانتباز في الاوعية
 فاتبينوا فيها وجه الرواية الثانية ان هذا طرف يعجل تغيير ما ينبذه فوجب أن يمنع الانتباز فيه
 كاللبياء والمزفت والله أعلم

﴿ ما يكره أن ينبذ جميعاً ﴾

ص * مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن ينبذ
 البسر والرطب جميعاً والتمر والزبيب جميعاً * ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن
 ينبذ البسر والرطب جميعاً والتمر والزبيب جميعاً يقتضى المنع من ذلك على وجه التحريم قال القاضي
 أبو محمد ما إذا بلغ حد المسكر فلا خلاف عنده في تحريمه وأما ما لم يسكر فهو ممنوع منه واختلف
 أصحابنا في تأويل منع مالك منه فقال قوم هو منع تحريم وقال قوم منع كراهية ووجه التحريم أنه
 نهى صلى الله عليه وسلم أن ينبذ البسر والرطب جميعاً والنهى يقتضى التحريم ومن جهة المعنى أنه
 معنى يجعل أحداث الشدة المطربة في الشراب فوجب أن يكون محرماً ولم يبلغ ذلك أصله الانتباز
 في الحنتم والمزفت ووجه القول بمنع التحريم قوله صلى الله عليه وسلم وكنت نهيتكم عن الانتباز في
 الاوعية فاتبينوا وكل مسكر حرام ومن جهة المعنى ان هذا شراب لم يحدث فيه شدة مطربة
 فلم يحرم بها أصل ذلك اذا أفرد أحدهما بالانتباز وأما الانتباز في الحنتم والمزفت فقد تقدم ذكر
 الخلاف فيها * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن يكون القولان جارين في كل ما يعجل
 حدوث الشدة المطربة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البسر ما قد أزهى من التمر ولم يبد فيه اوطاب
 والرطب ما قد تجاوز حد البسر الى الارطاب واذا منع من جمعها ما ينبذ من البسر في حكم جميعها فوجب
 أن لا يجوز انتبازه

﴿ ما يكره أن ينبذ جميعاً ﴾
 وحدثني يحيى عن مالك
 عن زيد بن أسلم عن عطاء
 ابن يسار أن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم نهى أن
 ينبذ البسر والرطب جميعاً
 والتمر والزبيب جميعاً

(فصل) وقوله نهى أن يبتذل البسر والرطب دليل على المنع من أن يبتذل شيئا وإن كانا من جنس واحد يبتذلان مفردين قال ابن حبيب لا يجوز شرب الخليطين يبتذلان كذلك أو يخلطان عند الشرب كانا من جنس واحد مثل عنب وزبيب أو من جنسين مثل زبيب وتمر فقد نهى عنه مالك إلا الفقاع فقد حكى ابن حبيب عن أصبغ أنه يستحب تحليته بالعسل فإنه يجب أن يكون ممنوعا لأن كل واحد منهما مما يبتذل مفردا لأن الفقاع من القمح والشعير وكل واحد يبتذل مفردا فالقياس أن يمنع الجمع بينهما غير أن قول مالك قد اختلف في العسل تطرح فيه قطع العجين أو الحريرة وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه كرهه قال ابن القاسم وقد قال لأبأس به وهو أحب إلى وجه القول الأول أنه ما حليطان جنس كل واحد منهما ينهى إلى السكر فلم تجز ذلك فيهما كما لو خلطه بنبذ تمر وزبيب ووجه القول الثاني وهو أن طرح قطع العجين تطرح في العسل أن ذلك ليس من باب الانتباز لأن القمح والشعير لا يبتذل على هذا الوجه وأما خلط العسل واللبن وشربهما فلا بأس به قاله ابن القاسم في العتيبة ووجه ذلك أن هذا ليس بانتباز وإنما هو على معنى خلطه مشروبا بين كشراب الورد وكشراب النيلوفر ووجه ثان أن اللبن لا يفضى أن يسكر وقد شرطنا أن الخليطين إنما هما ما يفضى كل واحد منهما إلى الاسكار (مسئلة) وهل يجوز خلطه ما لغير الانتباز لئلا يفسد على وجه التخليل روى ابن عبد الحكم عن مالك أنه قال لا خير في ذلك للخل والتخليل والانتباز في ذلك سواء قال وقد قال لأبأس بذلك للخل وجه الرواية الأولى ما قاله الشيخ أبو بكر التعلق بموم نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن نبذ الخليطين فلا يجوز ذلك للخل ولا لغيره ولا نه يصير نبذا ثم يصير خلا ولم يوجه الرواية الثانية ووجهها عندي أنه لا يقصد بذلك النبذ وإنما يقصد به الخل وقد قال أنه لا بد أن يكون نبذا ثم يكون بعد ذلك خلا فلا يضره ما يعجله لأن تعجيله للنبذ يعجله للخل وإنما يفسده الشرب فإذا صار نبذا فسد عليه ولم يراقه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فمن نبذ الخليطين فقد أساء فإن حدثت الشدة المطربة حرم وإن لم تحدث فقد قال القاضي أبو محمد يجوز شربه ما لم يسكر ولم يذ كر غير هذا الوجه فاقتضى هذا مع ما تقدم من قوله في الانتباز أن في تحريم الانتباز قولاً واحداً وإن شرب ما قد نبذ من ذلك ولم يبلغ أن يسكر مناج قولاً واحداً ص مالك عن الثقة عنده عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن عبد الرحمن بن الحباب الأنصاري عن أبي قتادة الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً قال مالك وهو الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا أنه يكره ذلك لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه * ش قوله نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً قال مالك وهو الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا أنه يكره ذلك لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه * ش قوله نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً على ما قدمناه من أن يجمع نبذاهما أو يجمع ما في الانتباز فتناول ذلك ما كنا نحتلطين عنده للشرب فإذا نبذ مفترقين ثم خلطاه عند الشرب فقد تناولهما النهى وقد قدمنا ذلك وإنما قال يشرب التمر والزبيب لعلم المخاطب أنه إنما أراد أن يشربا على الوجه الذي يمكن ذلك فيهما وهو بعد الانتباز كما يقال فلان يأكل الحنطة وفلان يأكل الشعير ومعناه على الوجه المعتاد بعد الطحن والعجن والخبز وفلان يأكل الانعام ومعنى ذلك على الوجه المعتاد فيهما من الذبح والطبخ (فصل) وقوله أن يشرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً جمع في ذلك في النهى بين التمر والزبيب وهما جنسان وعن الجمع بين الزهو والرطب وهما من جنس واحد فثبت بذلك المنع من انتباز شيئين يفضى كل واحد منهما إذا أفرد بالانتباز إلى الاسكار وجمعهما تعجيل لذلك سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين (مسئلة) وهذا إذا خلط للانتباز أو خلط النبذان وقد قال ابن

* وحدثنى عن مالك عن الثقة عنده عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن عبد الرحمن بن الحباب الأنصاري عن أبي قتادة الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً قال مالك وهو الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا أنه يكره ذلك لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه

جيب لا بأس بالمرى الذى يعمل من العصير ولا بأس بمطبخ من العصير أو ربب به من سفرجل وغيره إذا كان يوم عمل به ذلك حلالا ووجه ذلك أن هذا لم يقصد به الانتباز وإن كان كل واحد منهم ينتهى إلى الاسكار إذا انتبذ لأن العصير استعمل مع السفرجل والتفاح على غير وجه الانتباز بل على وجه الاعتقاد لمنفعته ورفع الفساد عنه وكذلك المرى يعمل من العصير فإن تلك الصناعة ليست على وجه الانتباز وإنما يقصد بها وجهها من المنفعة والمطاعم المألوفة فإن أفضى ذلك إلى أن يصير له حكم النيذ في أثناء ذلك لم يمنع الوصول إلى المقصود منه كالخل * قال القاضى أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي على رواية اباحة تحليل الجنسين وأما على رواية المنع من ذلك فإنه أيضا يجوز أن يقال في هذا أنه مباح لأنه ليس في تحليل الجنسين والجمع بينهما غرض مقصود مباح فلذلك منع منه وفي المرى غرض مباح مقصود فلذلك لم يمنع منه والله أعلم

﴿ تحريم الخمر ﴾

﴿ تحريم الخمر ﴾
* وحدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن أبي
سلمة بن عبد الرحمن عن
عائشة زوج النبي صلى
الله عليه وسلم أنها قالت
سئل رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن البتع فقال
كل شراب أسكر فهو حرام

ص * مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع فقال كل شراب أسكر فهو حرام * ش قولها رضى الله عنها سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع على حسب ما كانوا يستقهمونه ويسألونه عما يشكون من تحريم حرام أو تحليل حلال أو وجوب واجب أو غير ذلك فسألوه عن البتع وهو شراب العسل وذلك أنه نزل تحريم الخمر وعلموا تحريمها بنص الكتاب فسألوا عما يقع عليه هذا الاسم ليعلموا أن الذى ورد من ذلك محمول على عمومته أو مخصوص ببعض ما يتناوله اللفظ فإن قيل لو كان اسم الخمر يقع على البتع وغيره من الأشربة لمأسأت العرب إذ سمعت تحريم الخمر عن البتع لأن البتع هو الخمر فالجواب عنه من وجهين أحدهما لأنه يحتمل أن يسأل عن ذلك من لم يبلغه تحريم الخمر وإن بلغه تحريم النيذ وأبلغه تحريم الخمر باسم خاص مثل أن يبلغه تحريم خمر العنب أو تحريم خمر التمر والوجه الثانى أن يكون نوع من الخمر غالب على بلد من البلاد فيكون خمر التمر غالب على بلد ما وخمر العنب غالب على بلد آخر وأغلب في بلد آخر فيكون لفظ الخمر إذا أطلق في ذلك البلد كان أظهر فيها هو الأغلب عندهم لكثرة استعمال هذا الاسم فيه دون غيره مما هو معدوم عندهم فيسأل أهل كل بلد عن غير ما هو الأغلب عندهم لتجوز أن يكون الحكم مقصورا على ما هو الأغلب عندهم والوجه الثالث أن يكون هذا الحكم وردا على سبب فظن هذا السائل لما جاوز أن يكون مقصورا على سببه والوجه الرابع أن يسأل عن ذلك من سمع تحريم الخمر فجوز عليه التخصيص فسأل عن البتع ليعلم أن كان حكم العموم جائزه أم لا وقد روى عن أبي موسى أنه سئل عن ذلك فقال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فقلت يا رسول الله إن بها أشربة يقال لها البتع والمزرق قال وما البتع قلت شراب يكون من العسل والمزرق يكون من الشعير فقال كل مسكر حرام

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كل شراب أسكر حرام وقد سئل عن البتع دليل على أنه أجاب عن جنس الشراب لا عن مقدار ما حرم منه من وجهين أحدهما أنه سئل عن البتع ولم يسأل عن مقدار منه فلما أجاب عن السؤال اقتضى ذلك جوابه عن الجنس والا كان عدولا منه عما سئل عنه وذلك غير جائز عليه وإذا كان جوابا لما تقدم من السؤال وكان السؤال يقتضى الجنس وجب أن

يكون الجواب مثله وان كان أعم منه والوجه الثاني انه انما سئل عن جنس شراب هل هو حرام أو
 حلال ولو سأل عن أبعاضه ومقاديره لقال ما يحل منه وما يحرم فلما كان السؤال عن البتة يقتضي
 السؤال عن جميعه ثبت انه سؤال عن جنسه وجوابه صلى الله عليه وسلم كل شراب أسكر حرام
 يقتضي الجواب عن أجناس الشراب ليكون مقابلا للسؤال ولانه صلى الله عليه وسلم علق الحكم
 على الجنس فقال كل شراب أسكر حرام فكان ذلك جوابا عنه وعن غيره ولو أراد الاخبار عن
 أبعاضه وان بعض مقاديره حرام وبعضها حلال لقال كل مقدار أسكر فهو حرام ولقال كل ما أسكر
 منه فهو حرام ولا ستغنى عن اعادته لفظ الشراب لانه لا خلاف أن اسم الشراب واقع على الجنس
 دون بعض مقاديره فاذا علق الحكم بالجنس ولم يعلقه بالقدر كان الظاهر انه أراد به الجنس دون القدر
 والله أعلم ص **عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل**
عن الغبيراء قال لا خير فيها ونهى عنها قال مالك فسألت زيد بن أسلم ما الغبيراء فقال هي الأسكركة **عن**
ش قوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن الغبيراء قال لا خير فيها ونهى عنها يقتضي انه قد علم حالها وصفها
 ونهايدل أيضا على أن السؤال كان على جنسها وانه عن ذلك أجاب صلى الله عليه وسلم لما قد مناه
 وهو المعروف من كلام العرب المعتاد اذا سألو عن الماء أحلوه أو أمروا فاما يسألون عن طعم
 جنسه لا عن طعم فطرة منه لا يوجد لها طعم ولا عن طعم الكثير منه دون القليل وكذلك اذا سألو عن
 شراب من الأثرية أنافع هو فاما يقع السؤال عن جنسه واذا أجاب من سألوه بأن كل شراب
 سخن عند تناوله يجب أن يحتنبه فاما يفهم منه منع جنسه واذا أرادوا السؤال عن مقدار ما تحشى
 مضرت منه قالوا كم الشرية منه أو كم مقدار ما يتناول منه أو كم مقدار ما يحتنب منه وان جهل
 السائل فسأل عن جنسه فسأل عن شراب الوردي جلته وكان قليله مخالفا لكثيره لزم السؤال
 التفصيل وأن يقول أما يسيره فلا تبقى مضرت فيجب أن يحتنب كثيره ومقداره كذا وان أتى بلفظ
 يحتنب المقدار ويحتنب الجنس كان الأظهر انه يريد الجنس لانه موافق لسؤال السائل والله أعلم
 ووجه آخر وهو ان اللغة تمنع من هذا وذلك أن عمر بن الخطاب وهو من أهل اللسان قال والخمر
 ما خمر العقل فلو كان المراد به الكثير دون القليل لوجب أن لا يسمي قليل الخمر خمر وهذا باطل
 باتفاق ولما أجمعنا على أن يسير الخمر يسمي خمر وان كان بانفراده لا يحامر العقل وانما هو من
 جنس ما يحامر العقل علم أن المراد بذلك كله الكلام في الجنس دون المقدار

(فصل) وقول زيد بن أسلم لمسألة مالك عن الغبيراء هي الأسكركة دليل على ان الأسكركة كانت
 معلومة عندهم والغبيراء التي هي الأسكركة شراب ص **عن مالك عن نافع بن عبد الله بن عمر أن**
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرما في الآخرة **عن**
صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرما في الآخرة بيان منه صلى الله عليه وسلم
 ان التوبة منها مفرضة لشاربها ممكنة له مقبولة منه لمن وفقه الله لها وأذم عليه بها فانه بما خيف على
 المكلف المدمن على معاصيه أن يمنع من التوبة ويحرمها ويحال بينه وبينها نسأل الله العصمة ونعوذ
 به من الحرمان

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم حرما في الآخرة يريد والله أعلم انه وان دخل الجنة بعد العقوبة
 له وألغى عنه فانه يحرم خمر الجنة ويقتضي ان في الآخرة شرابا يسمي بهذا الاسم قال الله تعالى **وأنهار**
من خمر لذة لشاربها بين فيحرمه المصير على شرب الخمر وان دخل الجنة

* وحدثني عن مالك عن
 زيد بن أسلم عن عطاء بن
 يسار أن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم سئل عن
 الغبيراء فقال لا خير فيها
 ونهى عنها قال مالك فسألت
 زيد بن أسلم ما الغبيراء
 فقال هي الأسكركة
 * وحدثني عن مالك عن
 نافع عن عبد الله بن عمر
 أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم قال من شرب
 الخمر في الدنيا ثم لم يتب
 منها حرما في الآخرة

﴿ جامع تحریم الخمر ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن ابن وعلّة المصري انه سأل عبد الله بن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس اهدى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أما علمت أن الله حرمها فقال لا فسار به رجل الى جنبه فقال بم ساررت فقال أمرته أن يبيعها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شر بها حرم بيعها ففتح الرجل المزادتين حتى ذهب ما فيهما ﴿ ش سؤاله عما يعصر من العنب يحتمل معنيين أحدهما أن يسأل عن جميع أنواع العصر من حين يعصر الى أن ينتهي في آخر أحواله وذلك ان العصر أربعة أحوال أحدها من حين يعصر وقبل أن ينش والثانية اذا نش وقبل أن يسكر والثالثة اذا أسكر والرابعة اذا صار خلا فاما الاولى وهي حال حلاوته وقبل أن ينش فانه حلال لا خلاف فيه إلا أن يدخل عليه ما يغير حكمه فقد قال ابن حبيب وأنهى عن شرب الخمر العصر الذي عصر في المعاصر التي تردد العصر فيها وان كان ساعة عصر لما بقي في أسفلها خوفا أن يكون قد اخفر ولا شك أن بقايا ثقلها في أسفلها تختمر فتصير خمر اثم يلقي عليه عصير طوى فيغتلط به فيفسد جميعه لأن قليل الخمر يخالط كثير من عصير أو خل أو طعام أو ما يشرب فيحرم كله ﴿ قال الامام أبو الوليد ووجه هذا عندى أن الخمر لا يعود عصيرا حلالا لذلك اذا ما زجت العصير نجسته لأنها تبقى على نجاستها ولو خالط يسيّر الخمر الخل لم ينجسه لأن أجزاء ذلك الخمر تستحيل خلا طاهرا فلا تبقى ثم لا ينجس الخل بمجاورته وقد قال لا يستعمل ذلك الخل حتى تبقى مدة يقدر فيها أن أجزاء ذلك الخمر قد استعالت خلا (مسئلة) وأما اذا نش فان مالكا رحمه الله لا يراه حراما حتى يسكر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا نش فقد حرم والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك قوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن البتع فقال كل شراب أسكر فهو حرام فلنا من هذا الحديث دليلان أحدهما أنه قصد النبي صلى الله عليه وسلم الى بيان ما حرم وتعيينه مما أحله الله فقال كل شراب أسكر فهو حرام فعلق اسم التحريم بالاسكار ولم يعلقه بالغليان فدل ذلك على أن الاسكار حدين الحلال والحرام دون الغليان والوجه الثاني أنه علق حكم التحريم على الاسكار فكان الظاهر أنه علة له دون الغليان الذي لم يعلق عليه تحريما ومحال أن يكون الغليان علة له فيترك التعليل به ويعلل بغيره مما ليس بعلة له (مسئلة) واذا أسكر فلا خلاف في تحريمه قليلا وكثيره وكذلك سائر الاثربة عند مالك وقد تقدم ذكر اختلاف الفقهاء فيما يسوغ فيه الاختلاف عنه بما يغنى عن اعادته (فرع) اذا ثبت أن الخمر حرام فهل تجب اراقنها ومن كانت عنده لا يخلو اذا عصرها أن يريدها المحذور وهو أن يتخذها خرا أو يقصد بها المباح وهو أن يشربها عصيرا أو يخللها أو يطبخها بأ وغير ذلك من الوجوه المباحة فان قصد بها المحذور فلا خلاف في المذهب نعم أنه يجب عليه اراقنها فان اجترأ عليها فإلها فعن مالك في ذلك روايتان وسند كرها بعد هذا ان شاء الله تعالى وان قصد بها أمر ابا حصار خرا فقد قال ابن حبيب فبين عصر عصير يريده الخل فلا بأس أن يعاجله وهو عصير يصب الماء فيه ويطرحه على دردى الخل فله أن يقره وحنالته وان داخلته الخمر ثم ان عجل ففتح قبل أو انه فوجده قد دخله عرق الخل فله أن يقره ويعاجله وان لم يجد فيه شيئا من ذلك في رائحته ولا طعم فهي خمر تراق ولا يحل له حبسها ولا علاجها لتصير خلا ﴿ قال الامام أبو الوليد وفي كلام ابن حبيب نظر وظاهر ما في كتاب ابن الموزان

﴿ جامع تحریم الخمر ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن زيد بن أسلم عن ابن
 وعلّة المصري انه سأل
 عبد الله بن عباس عما
 يعصر من العنب فقال
 ابن عباس اهدى رجل
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم راوية خمر فقال له
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم أما علمت أن الله حرمها
 قال لا فسار به رجل الى
 جنبه فقال له رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ان الذي
 حرم شر بها حرم بيعها
 ففتح الرجل المزادتين حتى
 ذهب ما فيهما

عن مالك خلاف هذا وقد بسطت الكلام فيه في الاستيفاء (فرع) فان صارت خلا بعد أن كانت خرا فلا يخلو أن تصير خلا بمعالجة أو بغير معالجة فان صارت خلا بمعالجة آدمى فان المعالجة ممنوعة في الجملة عندنا وأحسن ما يتعلق به عندى في ذلك أن مهدي المزاثنين أراقهما بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر ذلك عليه ولو جاز تخليلها لما أباح له اراقتها ولنبيه على تخليلها كإنبه أهل المدينة على الانتفاع بجلدها غير أنه يتعرض في ذلك أن تلك خرقصدها الخمر وأماما لم يقصده خرا وانما قصد بها الخل فحكمه غير حكم ما قصد به الخمر (فرع) فان صارت خلا بمعالجة ففي كتاب ابن الموازين عصر خرا أو عصر خلا فصارت خرا فباعها من مسلم أو نصراني فصارت خلا أو خلها أنه لا بأس بأكلها وبيعها وروى عن مالك إباحة أكلها وروى عن ابن الماجشون المنع من ذلك وروى ابن عبد الحكم في مختصره الروايتين عن مالك ووجه الرواية الأولى ما احتج به الشيخ أبو بكر أن عملة التبريم هي الشدة المطربة فاذا زال التبريم كمالو تخلت بنفسها قال القاضي أبو محمد ولا خلاف في ذلك اذا تخلت بنفسها ووجه الرواية الثانية الحديث المتقدم في اراقة ما في المزاثنين بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه ولو أراقت تخليلها المنع من ذلك ونبيه عليه (فصل) وقول ابن عباس للذي سأله عما يصير من العنب أهدي رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم رواية خري يحتمل أن يكون فهم من السائل أنه انما سأل عن الخمر من أنواع العصير أو عما يصير للخمر فان كان سأله عن الخمر فقد أجابه عن نفس مسئلته وان كان سأله عن عصير أراقه به الخمر فعنى ذلك أن حكمه حكم ما قصد صخر

(فصل) وقوله رواية خرا رواية هي الدابة التي تحمل الخمر أو الماء لأنها هي التي تروى غير أنه قد يسمى الطرف الذي يحمل فيه الماء أو الخمر رواية بمعنى تسمية الشيء باسم ما جاوره أو قاربه (فضل) وقوله صلى الله عليه وسلم للذي أهدي إليه الراوية أما علمت أن الله حرمها على جهة التوبيخ له ان كان علم ذلك ثم أهداها وان كان جهل مثل هذا من أمر الشريعة مع ظهوره ولما قال المهدي للخمر لاظهار العذر ساره انسان الى جانبه بما ظن أنه يرشده به الى منفعة فاما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك من مسارته ولم يشق بعلمه وتوقع أن يأمره بمثل ما أظهره بعد ذلك سأله عما ساره به فان كان صوابا أقره عليه وثبته فيه وان كان خطأ حذره منه ونهاه عنه وأرشده الى الصواب فأخبره أنه أمره ببيعها فقال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شر بها حرم بيعها فأخبر صلى الله عليه وسلم أنه لا يحل بيعها كمال يحل شر بها لأنه لم يبق بها منفعة تمسك لسببها في الحال والمآل وما كان بهذه الصفة لم يحل بيعه (مسئلة) اذا ثبت أن بيعها محرم فاجترأ مسلم فباعها فلا يخلو أن يشتريها منه نصراني أو مسلم وسياق بيان هذا في آخر الباب ان شاء الله

(فصل) وقوله ففتح المزاثنين حتى ذهب ما فيهما للعصير على أصلنا ثلاثة أحوال حال عصير وحال سكر وحال تخلل فأما الحالة الأولى وهي حالة العصير فهي حالة إباحة على وجه ما فن أعدها لوجه مباح فلا خلاف في أنه لا يلزم اراقتها في هذه الحال ومن اتخذها لوجه محظور فهل تلزمه اراقتها يحتمل أن يكون قبحها قبحا يبقى الانتفاع بهما بان حل أفواهما ويحتمل أن يكون قبحهما بشق أو ساطهما فأبطل ذلك الانتفاع بهما وقد حكى ابن عبد الحكم عن مالك أن من وجدت عنده خمر من المسلمين كسرت عليه وشق ظر وفها قال الشيخ أبو بكر انما شق النظر وف اذا كان لا يزول ما قد فسد بهما من الخمر بالغسل فان كان يزول ما فيهما من الغسل غسلت ولينتفع بها وكذلك الأواني

تكسمران كان لا يزول ما فيها قال ويجوز أن يكون مالك انما أراد أن الظروف تشق وتكسر الاواني وان كان ما فيها يزول بالغسل عقوبة للسلم على فعله وامساكه الخمر ويبيعه لها وهذا الذي أراد مالك والله أعلم ولذلك قال يفرق ثمن ما باع منها على الفقراء وأهل الحاجة عقوبة للسلم الذي باعها لثلاثة ايام ثمانية الى بيعها ص مالك عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك انه قال كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح وأبا طلحة الأنصاري وأبي بن كعب شرابا من فضيخ وتمرقال فجاءهم آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها قال فقمتم الى مهران لنافض بن عباس فله حتى تكسرت ش قوله كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح ومن معه شرابا من فضيخ تمر يحمل من جهة اللفظ أن يكون مسكرا أو غير مسكرا لان اسم الشراب قديتناول ذلك كله قال فجاءهم آت فقال ان الخمر قد حرمت وهذا يقتضي ان هذا كان وقت تحريمها ونسخ اباحتها لمكان هؤلاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعلموا بتحريمها ولو تقدم تحريمها بجملة طويلة من النبي صلى الله عليه وسلم لما خفي عليهم ولما اجمعتوا عليها

(فصل) وقول أبي طلحة عند قوله الآتي يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها امثال لنبي النبي صلى الله عليه وسلم فهو الذي حرما أو هو الذي أخبر بذلك عن الله تعالى ولهذا قلنا في باروى أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة ان هذا مسند لانه لا يأمر الا النبي صلى الله عليه وسلم ولا ينبي في الشريعة غيره

(فصل) وأمر أبي طلحة أنسا بكسر الجرار بدل على أن فضيخ التمر عنده ينطلق عليه اسم الخمر ولولم يقع عليه اسم الخمر لما جاز أن يأمر بكسر المباح عنده لتحريم غيره بل لا يجوز أن يأمر بكسر نوع من المائعات والمشروبات لتحريم الخمر اذا لم يكن المسكر خرا كما لم يأمر حينئذ بكسر جرار فيها ماء ولا سم ولا زيت ولا غير ذلك من أنواع المائعات والمشروبات ولما أمر بكسر الجرار لما فيها من الفضيخ عند نزول تحريم الخمر دل على ان اسم الخمر يتناول شراب الفضيخ

(فصل) وقول أنس فقمتم الى مهران لنافض بن عباس فله حتى تكسرت المهران مهران كسر أنس به الجرار بأمر أبي طلحة وبحضرة أبي عبيدة وأبي بن كعب ولم يقتصر واعلى ارافة ما فيها وغسلها ولعله أن يكون ذلك لتمكن شرابها منها وسرايتها في اجزائها ومسماها وانما يجوز غسلها واستعمالها اذا علم انه يزول عنها ما تشبث من الخمر بها ولا يبقى من الخمر فيها بقية وقدر روى في المجموعة عن مالك في الجرة اذا طبخ فيها الماء وغسلت انه لا بأس باستعمالها فيحمل أن يكون أمر بكسرها لما رأى أنه لا يمكن غسلها وتنظيفها من بقايا الخمر فيها ويحتمل أيضا أن يكون كسرها لما رأى ان ذلك حكمها على كل حال وقدر روى القولان عن مالك في الجرار (فرع) وأما الذي يراعى في تطهيرها ونظافتها اذا قلنا بجواز غسلها روى أشهب عن مالك في الركوة للخمر تغسل أخاف أن لا يخرج ريحها من الركوة وهذا يدل على انه يراعى بقاء الرائحة في الاناء وتحتمل مراعاة الرائحة وجهين أحدهما أن يراعى في تغير المائع برائحة النجس وكون الرائحة فيها بمجاورة أو مخالطة فان المشهور من مذهب مالك بغير الرائحة بالمخالطة والثاني ان بقاء الرائحة في الاناء بما تعلقت بالشارب من ذلك الاناء فأدى ذلك الى اقامة الحد عليه بالرائحة والله أعلم ص مالك عن داود بن الحصين عن واقد بن عمر بن سعد ابن معاذ انه أخبره عن محمود بن لبيد الانصاري ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكاه الى أهل الشام وباء الارض وثقلها وقالوا لا يصلحنا الا هذا الشراب فقال عمر اشربوا العسل فقالوا

وحدثني عن مالك عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك انه قال كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح وأبا طلحة الأنصاري وأبي بن كعب شرابا من فضيخ وتمرقال فجاءهم آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها قال فقمتم الى مهران لنافض بن عباس فله حتى تكسرت ش قوله كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح ومن معه شرابا من فضيخ تمر يحمل من جهة اللفظ أن يكون مسكرا أو غير مسكرا لان اسم الشراب قديتناول ذلك كله قال فجاءهم آت فقال ان الخمر قد حرمت وهذا يقتضي ان هذا كان وقت تحريمها ونسخ اباحتها لمكان هؤلاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعلموا بتحريمها ولو تقدم تحريمها بجملة طويلة من النبي صلى الله عليه وسلم لما خفي عليهم ولما اجمعتوا عليها

(فصل) وقول أبي طلحة عند قوله الآتي يا أنس قم الى هذه الجرار فاكسرها امثال لنبي النبي صلى الله عليه وسلم فهو الذي حرما أو هو الذي أخبر بذلك عن الله تعالى ولهذا قلنا في باروى أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة ان هذا مسند لانه لا يأمر الا النبي صلى الله عليه وسلم ولا ينبي في الشريعة غيره

(فصل) وأمر أبي طلحة أنسا بكسر الجرار بدل على أن فضيخ التمر عنده ينطلق عليه اسم الخمر ولولم يقع عليه اسم الخمر لما جاز أن يأمر بكسر المباح عنده لتحريم غيره بل لا يجوز أن يأمر بكسر نوع من المائعات والمشروبات لتحريم الخمر اذا لم يكن المسكر خرا كما لم يأمر حينئذ بكسر جرار فيها ماء ولا سم ولا زيت ولا غير ذلك من أنواع المائعات والمشروبات ولما أمر بكسر الجرار لما فيها من الفضيخ عند نزول تحريم الخمر دل على ان اسم الخمر يتناول شراب الفضيخ

(فصل) وقول أنس فقمتم الى مهران لنافض بن عباس فله حتى تكسرت المهران مهران كسر أنس به الجرار بأمر أبي طلحة وبحضرة أبي عبيدة وأبي بن كعب ولم يقتصر واعلى ارافة ما فيها وغسلها ولعله أن يكون ذلك لتمكن شرابها منها وسرايتها في اجزائها ومسماها وانما يجوز غسلها واستعمالها اذا علم انه يزول عنها ما تشبث من الخمر بها ولا يبقى من الخمر فيها بقية وقدر روى في المجموعة عن مالك في الجرة اذا طبخ فيها الماء وغسلت انه لا بأس باستعمالها فيحمل أن يكون أمر بكسرها لما رأى أنه لا يمكن غسلها وتنظيفها من بقايا الخمر فيها ويحتمل أيضا أن يكون كسرها لما رأى ان ذلك حكمها على كل حال وقدر روى القولان عن مالك في الجرار (فرع) وأما الذي يراعى في تطهيرها ونظافتها اذا قلنا بجواز غسلها روى أشهب عن مالك في الركوة للخمر تغسل أخاف أن لا يخرج ريحها من الركوة وهذا يدل على انه يراعى بقاء الرائحة في الاناء وتحتمل مراعاة الرائحة وجهين أحدهما أن يراعى في تغير المائع برائحة النجس وكون الرائحة فيها بمجاورة أو مخالطة فان المشهور من مذهب مالك بغير الرائحة بالمخالطة والثاني ان بقاء الرائحة في الاناء بما تعلقت بالشارب من ذلك الاناء فأدى ذلك الى اقامة الحد عليه بالرائحة والله أعلم ص مالك عن داود بن الحصين عن واقد بن عمر بن سعد ابن معاذ انه أخبره عن محمود بن لبيد الانصاري ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكاه الى أهل الشام وباء الارض وثقلها وقالوا لا يصلحنا الا هذا الشراب فقال عمر اشربوا العسل فقالوا

لا يصلحنا العسل فقال رجل من أهل الأرض هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا يسكر قال نعم فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث فأتوا به عمر فأدخل فيه أصبعه ثم رفع يده فقبعتها يتمط فقال هذا الطلاء هذا مثل طلاء الأبل فأمرهم عمر أن يشربوه فقال له عبادة بن الصامت أحلتها والله فقال عمر كلا والله اللهم اني لأحل لهم شيئاً حرمتهم ولا أحرم عليهم شيئاً أحلتهم لهم ثم ش قوله ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام قدومه الشام كان على حسب ما يلزم الامام من مراعاة أنظروا وتطلعوا بنفسه وتعاهدوا حواهلها لاسيا وهو موضع رباط وهو أهم المواضع عند الامام وأولاهما بنة قدوه وتعاهدوه

(فصل) وقوله شكاً اليه أهل الشام وباء الأرض وثقلها ير يدانهم شكوا اليه من ذلك ما أوجهم الى شرب شراب يزيل عنهم وباء الأرض ويبعد عنهم ثقلها وأمر اضها المعتادة عندهم وقد اعتادوا أن يغتلبوا لها بشراب وأخبر وعمر انه لا يصلحهم الا ذلك ير يدان أبدانهم لا تألف غيره فأمرهم عمر أن يشربوا العسل على الوجه المباح منه من أن لا ينهي الى الحد المحرم من السكر وذلك انه لم يكن علم انه يتخذ من العصير ما يبق ويسلم من الشدة المطربة وعلم أن العسل يبق المدة الطويلة فعديل بهم اليه ليقتنوه ويتخذوه ويدخروه حتى أرادوا شربه خلطوه بالماء فقالوا انه لا يصلحنا العسل يعني انه لا يزيل عنهم وباء الأرض ولا وخامتها ولا يدفع ما يحدث من امراضها وهذا كله يقتضي انه لم يبح لهم شرب ذلك الشراب المسكر للتداوى وقد تقدم ذكره

(فصل) ولما توقف عمر رضي الله عنه عن اجابته الى ما أرادوه من شرب العنب لاعتقاده انه لا يمكن ادخاره قال له رجل من أهل الأرض ير يدمن نشأ فيها هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا يسكر لعلمه بذلك انه يمكن أن يدخر ولا يتغير ويتوصل الى ذلك بصنعة علمها فقال له عمر نعم اجابة الى اختبار ما ادعاه من صحة ادخاره العصير دون أن يسكر أو يتغير فانه انما منعهم منه لما علم فيه من التغير وتغير عنده من بقاءه دون أن يفسد فلما ادعى هذا بحضرته انه يمكنه أن يصنع منه ما يسلم من الفساد أجابه الى أن يصنع ذلك ليختبر قوله ويعاين ما أخبر به

(فصل) وقوله فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث ومعنى ذلك انه ذهب منه المائبة التي تحدث افساده ويسرع بها تغيره وبقيت عسلية خالصة وانما خص ذلك بذهاب الثلثين وبقاء الثلث لان هذه كانت صفة عصير ذلك العنب في ذلك البلد وقدر روى ابن المواز في طبخ لأحد ذهاب ثلثيه وانما أنظر الى السكر قال أشهب وان نقص تسعة أعشاره بذلك قال ابن المواز وليس ذهاب الثلثين في كل بلد ولا من كل عصير فاما الموضع المختص بذلك فلا بأس به وقال ابن خبيب من تحفظ في خاصته فعمل الطبخ فلا يعمل به الا باجماع وجهين أن يذهب ثلثاه ويوقن انه لا يسكر فاما احدا الوصفين من انه لا يسكر فصحيح ولا يحتاج الى سؤال لانه اذا لم يسكر فسواء ذهب ثلثه أو ربعه أو أكثر وأقل اللهم الا أن يعلم انه لا يوجد بلد يذهب منه أقل من الثلثين ويسلم من الفساد فيراعى ذهاب الثلثين في البلاد التي يسلم فيها من الفساد ذهاب الثلثين ويحتز بتيقن سلامته من الفساد لوجود الفساد مع ذهاب الثلثين في سائر البلاد واذا اعتبر السلامة من أن يسكر استغنى عن سائر الأوصاف وجعل أبو حنيفة ذهاب الثلثين حدا في جواز شرب ما يبق وان كان يسكر من كثيره والدليل على ما نقوله ان هذا شراب فيه شدة مطربة فوجب أن يكون قليلا حراما أصل ذلك النى

(فصل) وقوله رضي الله عنه لما أخبر به وأشرف عليه بالمشاهدة والمباشرة وقوله فأتوا به عمر بن

لا يصلحنا العسل فقال رجل من أهل الأرض هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا يسكر قال نعم فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث فأتوا به عمر فأدخل فيه عمر أصبعه ثم رفع يده فقبعتها يتمط فقال هذا الطلاء هذا مثل طلاء الأبل فأمرهم عمر أن يشربوه فقال له عبادة ابن الصامت أحلتها والله فقال عمر كلا والله اللهم اني لأحل لهم شيئاً حرمتهم ولا أحرم عليهم شيئاً أحلتهم لهم

الخطاب فأدخل فيه أصبعه ثم رفعه فتبعها يتمطط اختبار من عمر رضى الله عنه لما أخبره به واشراف عليه بالمشاهدة والمباشرة واعتناء بأموار المسلمين ومصالح دينهم ودنياهم فأدخل أصبعه ليختبر ثخانتة وهي التي تمنع التغير ثم رفع أصبعه التي أدخلها في الطلاء فتبعها الطلاء يتمطط لثخانتة ولو كان رقيقا في حكم الشراب لم يتبع يده ولا أصبعه منه شيء وجعل ينقط ما يتعلق بأصبعه منه ان كان تعلق منه شيء

(فصل) وقول عمر هذا الطلاء يريدانه سمي بالطلاء على معنى التشبيه بهذا ولذلك قال هذا مثل طلاء الابل في ثخانتة وبعده من التغير ثم أمرهم بشربه ولو راى أبو حنيفة ان يعود الى مثل هذا من القوام والثخانة لما أباح للناس الا شرب ما يؤمن فسادة فان هذا في قوام العسل ولا يكن شرب مثله الا ان يخرج بالماء فلا يخاف على مثل هذا التغير بدأوا من عصير يذهب ثلثاه ويبقى الثلث رقيقا يسرع اليه التغير ويطرأ عليه الفساد فليس له حكمه وحكم الذي قد صار في قوام العسل حكم الذي لا يتغير ولو أمسك أعواما ولو كان ذهاب الثلثين منه يجزى على كل ما احتاج عمر أن يراه ويختبره ويدخل أصبعه فيه ويرفعه ليعلم بذلك ثخانتة ولقال للذي قال له هل لك أن أجعل لك من هذا الشراب ما لا يسكر أنا أعلم بذلك منك اطبخه حتى يذهب الثلثان ولا يراى أي سكر أم لا ولما قال له افعل علم انه انما أمره بان يعمل منه ما لا يسكر وانه اختبر صابغته وعلم صحة قوله بما شاهد من ثخانتة وانه في قوام طلاء الابل ثم أظهر تصديق قول الصانع واجابته الى ما سأل بان يكون على مثل هذه الصفة التي ادعى انها لا تسكر فن أباح شرب ما يسكر من ذلك بذهب الثلثين فقد خالف اجماع الصحابة لانهم بين قائلين قائل يقول بمثل قول عمر انها اذا لم تسكر لما عادت عليه من القوام انه مباح علمها واتخاذها وقائل أنكر على عمر رضى الله عنه اباحتها مع ذلك كله خوفا من الذريعة لباحته الى شرب المسكر منها على حسب ما أتت به أبو حنيفة فقد خالف اجماعهم وقدر روى ان على بن أبي طالب كان يرزق الناس طلاء يقع فيه الذباب فلا يستطيع أن يخرج منه

(فصل) وقوله ثم أمرهم بشربه يحتمل أن يريد أمرهم بشربه على معنى انه نذبههم الى ذلك على معنى استيفاء صحة أجسامهم وصلاح أحوالهم والمنع لهم من تحريمه ويحتمل ان يريد بذلك اباحتها لهم فان القاضي أبا القرج من أصحابنا قد قال ان الاباحة أمر

(فصل) وقول عبادة بن الصامت أحلتها والله يريد ان ما أباحه لهم من هذا الطلاء الذي يؤمن معه الفساد يتسبب به الى شرب ما لا يبلغ ذلك المبلغ مما يسرع اليه الفساد الا انهم يحتشون أنفسهم فلا يبلغوه ذهاب الثلثين في البلد الذي يصلح فيه بذهب الثلثين واما ان يتعلق بذلك ويشرب ما ذهب ثلثاه في بلد لا يصلح فيه الا بذهب أكثر من الثلثين ويتعلق بذلك ذهاب الثلثين على حسب ما يتعلق به المخالف وقد تبع عبادة بن الصامت على هذا الانكار عبد الله بن عمر قال ابن حبيب وقد نهى عنه عمر بن عبد العزيز ولواقتصر الناس على ما أباح منه لم انه عنه قال ابن حبيب وانه ليعجبني لمنع الذرائع أن ينهى عنه الناس

(فصل) وقول عمر كلا والله اللهم اني لأحل لهم شيا حرمته عليهم ولا أحرم عليهم شيا أحلتهم لهم انكارا على عبادة باظهار النية وصحج معتقده وتبيين ما ذهب اليه وانه لا يحل خراما وهو ما يسرع اليه الفساد والتغير من الأثر به ولا يحرم حلالا منها وهو ما يبلغ المبلغ الذي صنعه الرجل من الثخانة وانه بمنزلة طلاء الابل فلا يسرع اليه فساد ولا يمكن شربه الا بخلطه بالماء على حسب ما يصنع بالعسل من أراد

شربه ص **﴿ مالک عن نافع عن عبد الله بن عمران رجل من أهل العراق قالوا يا أبا عبد الرحمن انابتاع من ثمر الخيل والعنب فنعصره خرافنيبعها فقال عبد الله بن عمران أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس اني لا آمركم أن تبيعوها ولا تبتاعوها ولا تعصروها ولا تشربوها ولا تسقوها فأنهار جس من عمل الشيطان ﴾** ش قوله ان رجلا من أهل العراق سألا عبد الله بن عمر فقالوا انابتاع من ثمر الخيل والعنب فنعصره خرافنيبعها تصرح بعصر الخمر ويبيعه فنع من ذلك عبد الله بن عمر ولا خلاف في نفعه والأصل في ذلك الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم قال للذي أهدي اليه راوية خزان الذي حرم شر بها حرم بيعها وقول عبد الله بن عمران أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس اني لا آمركم أن تبيعوها ولا تبتاعوها أي اني لأترككم الى التجارة فيها وطلب الرزق ببيعها وشرائها كما أمركم بطلب ذلك في غيرها وقد يستعمل الأمر في مثل هذا بمعنى الإباحة فيكون معناه اني لا أبيع لكم وهذا مما اتفق على منع بيعه وابتياعه فان باعها أحد من أحد فلا يخلو أن يبيعها مسلم من مسلم أو مسلم من نصراني أو نصراني من مسلم أو نصراني من نصراني فان باعها مسلم من مسلم أو مسلم من نصراني أو نصراني من مسلم فلا يخلو أن يعثر على ذلك والخمر قائمة أو كانت عند المشتري فان كانت قائمة فقد قال ابن حبيب يفسخ الشراء وتكسر حيث وجدت ويرد الثمن الى المشتري ان كان دفعه فان لم يكن دفعه لم يؤخذ منه شيء قال الشيخ أبو بكر وإنما قال ذلك مالک لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الذي حرم شر بها حرم بيعها فوجب كسرها حيث وجدت ويرد الثمن على المبتاع لان البائع لا يجوز له أخذ مال عوضا من الخمر وكان الخمر إنما كسرت بيد البائع (فرع) وان كانت قد فاتت عند المشتري فقد قال ابن حبيب انه قد فات موضع الفسخ ويؤخذ الثمن من البائع ان كان قبضه أو من المشتري ان كان لم يدفعه ويفرق على أهل الحاجة ويعاقبان عقوبة موجهة ببيعها وابتياعها (مسئلة) وان باعها مسلم من نصراني فلا يخلو أن يعثر على ذلك وهي قائمة أو بعدان فاتت قال ابن حبيب فان عثر على ذلك والخمر قليلة بيد البائع أو المشتري النصراني كسرت على المسلم ويرد الثمن على النصراني (فرع) وان عثر على ذلك بعدان فاتت عند المشتري أخذ الثمن من المسلم ان كان قبضه أو من النصراني ان كان لم يدفعه لانه ثمن حرام وفرق على أهل الحاجة قاله ابن حبيب قال وفيها اختلاف (مسئلة) وان باعها نصراني من مسلم فلا يخلو أن يعثر على ذلك وهي قائمة أو بعدان فاتت فان عثر على ذلك وهي قائمة في يد النصراني قد أبرزها المسلم فقد قال ابن حبيب عن مالک تكسر عليه عقوبته ويرد الثمن على المسلم ان كان قبضه ويسقط عنه ان كان لم يقبضه وان كان المسلم قد قبضها كسرت على المبتاع فان كان المسلم لم يدفع الثمن سقط عنه وان كان النصراني قد قبضه لم ينزع منه الثمن قال الشيخ أبو بكر إنما قال ان الخمر تكسر في يد المسلم لانه لا يجوز له ملكها ولا امساكها وقوله وان كان دفع الثمن لم يرد اليه أدب لانه قد فات قبض النصراني له فان لم يكن نقد كسرت الخمر يفسد ما ذكرناه ولم يدفع الثمن الى النصراني عقوبته قال وقد ذكر مالک انه يؤخذ الثمن من المسلم فيتصلق به والاندفع الى النصراني (فرع) وان كان المسلم قد قبض الخمر ففاتت عنده فقد قال ابن حبيب ان كان الثمن بقي عنده قبض منه ودفع الى أهل الحاجة ويعاقبان وان كان الثمن قد صار الى النصراني (فصل) وقوله ولا تعصروها ولا تشربوها ولا تسقوها فأنهار جس من عمل الشيطان ذهب والله أعلم الى منع كل تصرف مقصود فيها وعمل لها ثم بين علة ذلك بأنهار جس وانما من عمل الشيطان يريد

وحدثني عن مالک عن نافع عن عبد الله أن رجلا من أهل العراق قالوا يا أبا عبد الرحمن انابتاع من ثمر الخيل والعنب فنعصره خرافنيبعها فقال عبد الله بن عمران أشهد الله عليكم وملائكته ومن سمع من الجن والانس اني لا آمركم أن تبيعوها ولا تبتاعوها ولا تعصروها ولا تشربوها ولا تسقوها فأنهار جس من عمل الشيطان

والله أعلم قوله تعالى انما الجهر والمبسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم
تفلحون ثم كتاب الأثرية والحمد لله

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الجهاد)
﴿ الترغيب في الجهاد ﴾

معنى الترغيب في الجهاد الاعلام بعظيم ثوابه وجزيل أجره ليرغب الناس فيه وأكثر ما يوصف
بارغائب ما قصر عن رتبة الوجوب لان العمل انما يوصف بأتم أحواله الا انه لم يقصد ههنا الوصف له
بوجوب ولا غيره وانما قصد الحضي على فعله بالاخبار عن جزيل ثوابه ويحتمل أن يوصف بأنه من
الارغائب لمن سقط عنه فرضه لقيام غيره به وبعده عن مكانه مع ظهور المجاورين للعدو عليهم
واستغنائهم عن عون من بعدهم وقد قال سحنون في مثل هذا كان أول الاسلام فرضا على
جميع المسلمين والآن هو مرغوب فيه (مسئلة) الجهاد فرض في الجملة الا انه من فروض الكفاية
ومعنى قولنا من فروض الكفاية أنه يجب في الجملة فاذا قام به بعض الناس سقط فرضه عن من قام به
وعن غيره من المسلمين واذا عمت الحاجة الى جميع الناس ودهمهم من العدو ولا يقوم به بعضهم لزم
الفرض جميعهم والأصل في وجوبه قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله
(مسئلة) اذ اثبت وجوب الجهاد فان غايته أن يدخل الكفار في الاسلام أو يدخلوا في الذمة
بأداء الجزية وجرى ان أحكام الاسلام عليهم والأصل في ذلك قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
ولا باليوم الآخر اى قوله وهم صاغرون (مسئلة) وهذا مع ظهور الاسلام عليهم وعلبتهم لهم فأما اذا
ضعف أهل الاسلام فلا بأس بمهادنتهم ومصالحتهم على غير شئ وسأل أهل الأندلس سحنون قالوا
أرأيت لو انقطعت عنا الجيوش وبعدها أمير المؤمنين وعدونا قريب منا في قوة هل لأمرنا الغور أن
يصالحهم على غير شئ اذ لا طاقة لنا بهم قال نعم ولا يبعد في المدة لما يحدث من قوة الاسلام والأصل في
ذلك مهادنة النبي صلى الله عليه وسلم فم يشاعام الحديبية على غير شئ يأخذه منهم حتى قوى الاسلام
فلم يقبل ذلك منهم (مسئلة) وأما مصالحتهم على مال يعطونهم المسلمون اياه اذا عجزوا عن حماية
زرعهم أو حامية بيضتهم أو حصن من حصونهم وخافوا التغلب وأخذ العدو من فيها من النساء والذرية
فهو جائز ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم الذي لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع ﴾
ش قوله صلى الله عليه وسلم مثل المجاهد في سبيل الله السبيل في كلام العرب هو الطريق يذ كر
ويؤت وجميع أعمال البر هي سبيل الله تعالى الا ان هذه اللفظة اذا أطلقت في الشرع اقتضت الغزو
الى العدو وسئل مالك عن رجل أوصى بمال في سبيل الله فقال سبل الله كثيرة وأحب الى أن يجعل
ذلك في الغزو ووجه ذلك ما ذكرناه من أن اطلاق هذه اللفظة أظهر في الغزو وتمثيلة المجاهد في
سبيل الله بالصائم القائم يري في عظم ثوابه وكثرته ومعنى ذلك ان له من الثواب على جهاده في سبيل
الله مثل ثواب المستديم للقيام والصيام لا يفتر عنه ما وإنما أحال على ثواب الصائم والقائم وان كنا
لا نعرف مقداره لما قرر الشرع من كثرته وعرف من عظمته والمراد بالقائم ههنا المصلي يقال فلان
يقوم بالليل اذا كان يصلي فيه

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب الجهاد ﴾
﴿ الترغيب في الجهاد ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن أبي الزناد عن الأعرج
عن أبي هريرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال
مثل المجاهد في سبيل الله
كمثل الصائم القائم الدائم
الذي لا يفتر من صلاة ولا
صيام حتى يرجع

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم القائم الذي لا يفتر من صلاة ولا صيام حتى يرجع يريد أن حال المجاهد في سبيل الله في أجره وثوابه مثل أجر هذا لأن جميع تصرف المجاهد وأكله ونومه وغفلته مماثل ثوابه ثواب الذي يقرب بين الصلاة والصوم وقد روي أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال دلتني على عمل يعدل الجهاد فقال لا أجدهل تستطيع إذا خرج المجاهد أن تدخل المسجد تصلي لا تفتر وتصوم لا تفطر قال من يستطيع ذلك ص **ص** مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تكفل الله لمن جاهد في سبيله لا يخرج منه من بيته إلا الجهاد في سبيله وتصديق كلماته أن يدخله الجنة أو يردّه إلى مسكنه الذي خرج منه مع ما نال من أجر أو غنمة **ص** قوله صلى الله عليه وسلم تكفل الله لمن جاهد في سبيله الكفالة الضمان وإنما أضاف الكفالة إلى الباري في هذا العمل لأنه أوفى كفيل على سبيل التعظيم لشأن الجهاد والتصحيح لثواب المجاهد وقوله لا يخرج منه من بيته الجهاد في سبيله يريد أن يكون خروجه في جهاده خالصا لله تعالى لا يشوبه طلب الغنية ولا العvisية للأهل والعشيرة ولا حب الظهور ولا سمعة ولا شيء من المعاني غير الجهاد في سبيل الله لتكون كلمة الله هي العليا وإذا كانت نيته وعقده الجهاد فلا ينقص أجره ولا ينقض عقده ما نال من غنية بل هي رزق ساقه الله إليه وأجره وافر كامل وإنما يكره أن يكون سبب خروجه وعقده ومقصده في قتاله الغنية أو اظهار النجدة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وتصديق كلماته يحتمل أن يريد به الأمر بالقتال في سبيل الله وما وعد الله عليه من الثواب ويحتمل أن يريد به الشهادتين وأن تصديقه به ما ثبت في نفسه عداوة من كذبهم ما وحرص على قتله والمجاهدة له وقوله صلى الله عليه وسلم أن يدخله الجنة أو يردّه إلى مسكنه الذي خرج منه يريد والله أعلم أن يدخله الجنة أن أصيب بموت أو قتل لأنه ليس في اللفظ ما يختص بالقتل دون غيره

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يدخله الجنة يحتمل وجهين أحدهما أن يدخله الجنة بأثر قتله ويكون هذا تخصيصا للشهداء كما خصوا بأنهم يرزقون قال الله تعالى ولا تحسبن الذين قتلوا في سبيل الله أمواتا بل أحياء عند ربهم يرزقون فرحين بما آتاهم الله من فضله والثاني أن يدخله الله الجنة بعد البعث ويكون فائدة تخصيصه أن ذلك يكون كفارة لجميع خطاياهم وإن كثرت إلا ما خصه الدليل وأنه لا موازنة بين ما اكتسب من الخطايا وبين ثواب ما خرج له من الجهاد فلم يرجع ويؤيد هذا التأويل حديث أبي قتادة في الذي سأله النبي صلى الله عليه وسلم رأيت أن قتل صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر يكفر الله عن خطاياى فقال صلى الله عليه وسلم نعم ثم قال له بعد أن رد عليه إلا الذين كذلك قال لي جبريل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مع ما نال من أجر أو غنمة يريد والله مع الذي ينال منهما فإن أصاب غنمة فله أجر وغنمة وإن لم يصب الغنمة فله الأجر على كل حال فتكون أو بمعنى الواو كقول جرير

نال الخلافة وكانت على قدر * كما أتى به موسى على قدر

وقد روي عن أبي عبد الرحمن الحبلي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ما من غازية تغزو في سبيل الله فيصيبوا غنمة إلا تعجلوا ثلثي أجرهم من الأجرة ويبقى لهم الثلث فان لم يصبوا غنمة ثم هم أجرهم وهذا الحديث لا يثبت رواه أبو هانيء وحيد بن هانيء وليس بمشهور ولو ثبت لكان

* وحدثنى عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تكفل الله لمن جاهد في سبيله لا يخرج منه من بيته إلا الجهاد في سبيله وتصديق كلماته أن يدخله الجنة أو يردّه إلى مسكنه الذي خرج منه مع ما نال من أجر أو غنمة

معناه أن يصيبوا غنمة على غير وجهها أو يكونوا قد خرجوا قاصدين لها مع إرادة الجهاد ولا يصح حمله على عمومهم لأننا لنعلم غايات أعظم أجراً من أهل بدر على ما أصابوا من الغنمة وقد روى عن رفاعه بن نافع الزرقى وكان ممن شهد بدراً قال جاء جبريل عليه السلام إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ما تعدون أهل بدر فيكم قال من أفضل المسلمين أو كلمة نحوها قال وكذلك من شهد بدر من الملائكة وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لم يدرى من الخطاب ما يدريك لعل الله اطلع على أهل بدر فقال اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم ص * مالك عن زيد بن أسلم عن أبي صالح السمان عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل لرجل أجر ورجل ستر وعلى رجل وزر وأما الذي هي له أجر فرجل ربطها في سبيل الله فأطال لها في مرج أو روضة فأصاب في طيلها ذلك من المرج أو الروضة كان له حسنات ولو أنها قطعت طيلها ذلك فاستنت شرفاً أو شرفين كانت آثارها وأرواها حسنات له ولو أنها مرت بنهر فشربت منه ولم يرد أن يسقى به كان ذلك له حسنات فهي له أجر ورجل ربطها تغنياً وتعفاً ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فهي لذلك ستر ورجل ربطها نخراً ورياء ونواء لأهل الإسلام فهي على ذلك وزر وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحر فقال لم ينزل على فيها شيء إلا هذه الآية الجامعة الفاذة فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره ش قوله صلى الله عليه وسلم الخيل لرجل أجر ورجل ستر وعلى رجل وزر يريد أن اتخذها ورابطها في الغالب يكون لأحد هذه الثلاث الأحوال إما مجرد الأجر وهو لمن ربطها في سبيل الله وإما للستر وهو لمن ربطها ليكتسب عليها وإما للوزر وهو لمن ربطها على الوجه الممنوع منه وارتباط الخيل ورابطها هو اقتناؤها وأصله من الربط بالجلد والمقود ولما كانت الخيل لا تستبد من ذلك وكان كل من اقتنى فرساً ربطة وكثر ذلك من استعملها حتى سموا اقتناءها واتخاذها رباطاً فغنى ربطها في سبيل الله أعدادها لهذا الوجه واتخاذها بسببه وهو من وجوه البر يناب عليه صاحبها في حال مقامه دون استعماله في الجهاد وغزو العدو لأنه من باب الاتفاق في سبيل الله والأعداد له والارهاب على العدو فاذا غزاه كان له أجر الجهاد والغزو وأجر الاتفاق والرباط

(فصل) الرباط يكون على وجهين أحدهما رباط الخيل وهو ما ذكرناه والأصل فيه قوله تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل الآية ورابط الخيل يكون اتخذها في موطن اتخذها وغير موطنه سواء كان في الثغر وقرب العدو أو في معظم الإسلام وبالبعد من العدو لأن ذلك كله من باب أعداد القوة لأنه قديماً ثبته النفر ويحتاج إلى الغزو ولا يجدر من المهلة ما يتخذ فيه الخيل ولأن الغازي بها يحتاج إلى اختبارها وتأديبها قبل ذلك ولا يتم له مراده منها إلا باتخاذها قبل الغزو بها والوجه الثاني من الرباط هو رباط الرجل نفسه وهو أن يربط نفسه لحفظ الثغور ويكثر سوادها والارهاب على من جاوره من العدو والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون وماروى عن سهل بن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رباط يوم في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها (مسئلة) إذا ثبت ذلك فرباط الرجل نفسه هو أن يترك وطنه ويأزم ثغراً من الثغور المخوفة لمعنى الحفظ وتكثير السواد وأما من كان وطنه الثغر فليست أقامته به رباطاً وإياه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن يجلس نفسه ويقيم لهذا الوجه خاصة فإن أقام لغير ذلك فإنه بمنزلة تضرع فانه يربط نفسه لمدافعة العدو وليس

* وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم عن أبي صالح السمان عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل لرجل أجر ورجل ستر وعلى رجل وزر وأما الذي هي له أجر فرجل ربطها في سبيل الله فأطال لها في مرج أو روضة فأصاب في طيلها ذلك من المرج أو الروضة كان له حسنات ولو أنها قطعت طيلها ذلك فاستنت شرفاً أو شرفين كانت آثارها وأرواها حسنات له ولو أنها مرت بنهر فشربت منه ولم يرد أن يسقى به كان ذلك له حسنات فهي له أجر ورجل ربطها تغنياً وتعفاً ولم ينس حق الله في رقابها ولا في ظهورها فهي لذلك ستر ورجل ربطها نخراً ورياء ونواء لأهل الإسلام فهي على ذلك وزر وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحر فقال لم ينزل على فيها شيء إلا هذه الآية الجامعة الفاذة فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره

كذلك رباط الخيل فان جمهور الناس يستغنى عن اتخاذها هذا الذى ذكره أصحابنا * قال
القاضى أبو الوليد رحمه الله وعندى أن من اختار المقام والاستيطان بالثغر وموضع الخوف للرباط
خاصة وأنه لو لا ذلك لأمكنه المقام بغير ذلك من البلدان له حكم الرباط والله أعلم (مسئلة) اذا كان
الثغر رباطا لموضع الخوف ثم ارتفعت المخافة لقوة الاسلام بذلك الموضع أو بعد العدو عنهم فان حكم
الرباط يزول عنهم وقد سئل مالك عن جعل شيا فى سبيل الله يجعله فى جدة قال لا قيل له فانه قد
كان بها خوف قال فانه قد ذهب (مسئلة) ورباط الخيل والنفس من عدة الجهاد وقد سئل مالك
أيما أحب اليك الرباط أم الغارات فى العدو قال أما الغارات فلا أدري كأنه كرهها وأما السير
فى أرض العدو على الاصابة يريد السنة فهو أحب الى ووجه ذلك انه كره الغارات لما كانوا
يقصدون به من أخذ الأموال ورما غلوا وأما السير فى أرض العدو وهو الغزو على الاصابة للحق
والسنة لتكون كلمة الله هى العليا ولا يغفل ويطيع الأمير فى الحق فهو أفضل لان فيه زيادة على الرباط
دخول أرض العدو وإهانتهم وروى عن عبد الله بن عمر أنه قال فرض الله الجهاد لسفك دماء
المشركين والرباط لحقن دماء المسلمين وحقق دماء المسلمين أحب الى من سفك دماء المشركين
قال ابن حبيب وأما ذلك حين دخل فى الجهاد ما دخل * قال القاضى أبو الوليد ووجه ذلك عندى
والله أعلم أن يكون الخوف بثغر من الثغور قد اشتد حتى خيف على أهله من عدوهم فاستنفروا
لادراك ذلك الثغر فان قصد ذلك الثغر حينئذ يكون أولى لان حقن دماء أهله أفضل من سفك دماء
المشركين وأما أن يكون رجل من المسلمين يقصد ثغرا من الثغور للرباط فيه لالعدو يتربص بزمه
ويترك الغزو الى بلاد العدو وقد ترك الأفضل لان دخوله الى أرض العدو نكابة فيهم وإهانتهم وفيه
مع ذلك حفظ للمسلمين لان نكابة العدو تضعفهم عن غزو المسلمين وقد قال على بن أبى طالب
رضى الله عنه ما غزا قوم فى عقر دارهم الا ذلوا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فأما الذى هى له أجر فرجل رباطا فذكر انه الربط فى سبيل الله
ثم وصف أن جميع تصرفها أجروا لم يكن غزو فان أطال لها فى مرج أو روضة للرعى فان ما أصابت
من ذلك يكون له حسنات وقوله صلى الله عليه وسلم ولو أنها قطعت طيلها ذلك فاستنت شرفا
أو شرفين كانت آثارها وأرواها حسنات له يريد صلى الله عليه وسلم أن تصرف هذه الخيل وان كان
بغير سببه يكون حسنات له ولذلك وصفها أولا ما كان بسببه من الاطالة لها فى المرج والروضة ثم
ذكر ما يكون بغير سببه ومن غير اختياره من قطع الطيل وهو ما أطال لها فيه من الحبلى واستنان
الشرف هو الجرى الى ما يعلم من الأرض ورأيت لبعض أهل اللغة أن الشرف والطلق واحد
فيكون معناها على هذا جريها طلقا أو طلقين والله أعلم وذكر بعد ذلك ما لم يرد فعله من أن تشرب
من غير أن يرد سقيها وأخبر أن ذلك كله حسنات له من رباطها وانما أتى بذلك والله أعلم ليستوعب
أنواع تصرفها والله أعلم

(فصل) وقوله ورجل رباطا تغنيا وتعففا يريد انه رباطا يستغنى بها ويعف عن السؤال وهو مع
ذلك من قصده بها لم ينس حق الله فى رقابها ولا ظهورها يريد والله أعلم أن اتخاذها لهذا الوجه لا يسقط
حق الله فيها فان ضيع حقوق الله فيها لم توصف بأنها ستر له خاصة لما يلحقه من المأثم والوزر
بسببها وانما يوصف بذلك من لم يأثم باتخاذها لانه أدى حق الله تعالى فى رقابها وظهورها والحقوق
التي تتعلق لله برقابها أن تؤدى منها الحقوق اذا تعينت فيها باختصاصها بها أولضيق ذمته عنها

واحتياجه الى أدائها من رقاب هذه الخيل وما يتعلق بذلك من ظهورها أن يتعين عليه فرض الجهاد فيها اذا دعت الى ذلك ضرورة وان لم يتخذها للجهاد الا أنه يتعلق حق الله تعالى بها اذا تعين عليه الجهاد بها ويتعين عليه حل الضعيف عليها اذا خاف عليه الهلكة ولم يجد محملا غيرها وما أشبه ذلك من الحقوق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل ربطها نخرا ورياء ونواء لاهل الاسلام يريد أن يفتخر بها ويراثي بها الاسلام وأما الواقف بها على أهل الشرك ورثائهم بها لكان ذلك من باب الخير الذي يرجو عليه الأجر وأما النواء فهو المقاومة على وجه العداوة من قولهم فلان ناوى فلانا اذا قاومه على عداوة فمن اقتنى فرسا يفتخر بها على أهل الاسلام ويناويهم بها فهي عليه وزر والله أعلم

(فصل) وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجر يريد والله أعلم أن السائل له لم يعلم ان كان حكم الجر حكم الخيل فيما ذكر من أنها لرجل أجر ورجل ستر وعلى رجل وزر أو يكون محال الحكم الخيل في ذلك لانها لا تتخذ بالجهاد ولا تربط فيه وهي مجازت العادة أن يناوى بها ولا يفتخر باقتنائها ولا هي مما يتكسب بركوها وأن يكسب بالجل عليها كالابل والبغال فقال صلى الله عليه وسلم لم ينزل على قبياتمي الا هذه الآية الجامعة الناذرة يريد والله أعلم أنه لم ينزل عليه فيها من التقسيم والتفسير ما نزل في الخيل لانها غير مشاركة لها في ذلك ولكنها داخله تحت قوله تعالى فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره والجر وان لم تبلغ مبلغ الخيل في الجهاد فقد يجعل عليها راحته من لم يستطع اقتناء الخيل وعمل عليها زاده وسلاحه ويتكسب عليها ضغفاء الناس وأما هي فيشترها ويستعين بها أهل الشرك والبغي على غزو الاسلام فيوزرون بها فهذا مستفاد من عموم الآية لان اقتناءها لا يخلو أن يكون من عمل الخير أو من عمل الشر وقد أخبر تعالى من عمل شيئا منهما فانه يراه وهذا يدل على التعلق بالعموم لأنه صلى الله عليه وسلم تعلق بعموم الآية واستفاد منه حكما وهذا يدل على وجوب التعلق به لغة وشرعا وقوله صلى الله عليه وسلم الآية الجامعة يراد صلى الله عليه وسلم الفاذة يريد القليلة المثل في هذا الحكم يقال كلمة فاذة وفذة أى شاذة ص مالت عن عبد الله بن عبد الرحمن بن عمر الانصاري عن عطاء بن يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بخير الناس منزلة رجل أخذ بعنان فرسه يجاهد في سبيل الله ألا أخبركم بخير الناس منزلة بعده رجل معتزل في غنيته يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة ويعبد الله ولا يشرك به شيئا ش قوله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بخير الناس منزلة وقد علم أنهم يريدون ذلك على سبيل التنبيه لهم على الاصغاء اليه والاقبال على ما يخبر به والتفرغ لفهمه وبحقل أن يريد بقوله صلى الله عليه وسلم خير الناس منزلة أكثرهم ثوابا في الآخرة وأرفعهم درجة وقوله صلى الله عليه وسلم رجل أخذ بعنان فرسه يجاهد في سبيل الله يريد والله أعلم أنه مواظب على ذلك وصفه بأنه أخذ بعنان فرسه يجاهد في سبيل الله بمعنى أنه لا يخلو في الاغلب من ذلك راكبا له أوقائدا هذا معظم أمره ومقصوده من تصرفه فوصف بذلك جميع أحواله وان لم يكن أخذ بعنان فرسه في كثير منها

(فصل) وقوله ألا أخبركم بخير الناس منزلة بعده رجل معتزل في غنيته وصف رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل المنازل ونص عليها ورغب فيها من قوى عليها وأخبر بعد ذلك بفضل من قصر عن هذه المنزلة وضعف عنها فليس كل الناس يستطيع الجهاد ولا يقدر على أن يكون أخذ بعنان فرسه فيه

* وحدثنى عن عبد الله
ابن عبد الرحمن بن معمر
الانصاري عن عطاء بن
يسار أنه قال قال رسول
الله صلى الله عليه ألا
أخبركم بخير الناس منزلة
رجل أخذ بعنان فرسه
يجاهد في سبيل الله ألا
أخبركم بخير الناس منزلة
بعده رجل معتزل في
غنيته يقيم الصلاة ويؤتي
الزكاة ويعبد الله لا يشرك
به شيئا

ففي الناس الضعيف والكبير وذو العاهة والفقر ووصف صلى الله عليه وسلم هذا المعتزل في أنه في غنجه بلفظ التصغير إشارة والله أعلم إلى قلة المال وقد يكون اعتزاله ضعفا عن الجهاد وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في غزاة أن أفواما بالمدينة خلفنا ما سلكنا شعبا ولا واديا الا وهم معنا حبسهم العذر ويحتمل أن تكون له قوة على الجهاد ولكنه يؤمر مع الفنى عنه بالانقباض والاعتزال لما يرى أن ذلك أرفق به وأوفق له في دينه فهذا أقام الصلاة وآتى الزكاة وعبد الله تعالى فخرته بعد منزلة المجاهد من أفضل المنازل لأدائه الفرائض وإخلاصه لله العباد وبعده عن الرياء والسمعة إذا خفي موضعه ولم يكن ذلك شهرة له ولأنه لا يؤذى أحدا ولا يذكره ولا تبلغ درجته درجة المجاهد لأن المجاهد يذب عن المسلمين ويجهاد الكافر ين حتى يدخلهم في الدين يتعدى فضله إلى غيره ويكثر الانتفاع به وهذا المعتزل لا يتعدى نفعه إلى غيره ولو أن رجلا رأى أن الانقباض أسلم لدينه وأعدل لحاله ورأى أن نفسه أطوع له في الصلاة والزكاة فأقبل عليها لهذا المعنى لكان ذلك والله أعلم الحظ له من الناس من يجد نفسه أطوع له في الصلاة ومنهم من يجدها أطوع له في الجهاد ومنهم من يجدها أطوع له في غير ذلك من أبواب البر وإنما ذلك بحسب ما يفتح على الإنسان ويقسم له ص * مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرني عبادة بن الوليد بن الصامت عن أبيه عن جده قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في السر والعسر والمنشط والمكره وأن لا ننازع الأمر أهله وأن نقول أو نقوم بالحق حينما كنا لا نخاف في الله لاثم * ش قوله رضى الله عنه بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أصل البيع في كلام العرب المعاوضة في الأموال ثم سميت معاودة النبي صلى الله عليه وسلم ومعاودة المسلمين مبايعة بمعنى أنه عاوضهم بما ضمن لهم من الثواب عوضا عما أخذ عليهم من العمل قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون إلى قوله الفوز العظيم

(فصل) وقوله على السمع والطاعة السمع ههنا يرجع إلى معنى الطاعة ولعله أن يكون أصله الاصغاء إلى قوله والتفهيم له يريد أن الذي شرط علينا السمع والطاعة لا أمره ونواهيه على كل حال في حال اليسر وحال العسر ويحتمل أن يريد به يسر المال وعسره والتمسك من جيد الراحلة ووافر الزاد والاقتصار على أقل ما يمكن منهما والمنشط والمكره يريد وقت النشاط إلى امتثال أوامره ووقت الكراهية لذلك ولعله أن يريد بالمنشط وجود السبيل إلى ذلك والتفرغ له وطيب الوقت وضعف العدو ويريد بالمكره تعذر السبيل وشغل المانع وشدة الهواء بالحر والبرد وصعوبة السفر وقوة العدو

(فصل) وقوله وأن لا ننازع الأمر أهله يريد الامارة ويحتمل هذا أن يكون شرطاً على الأنصار ومن ليس من قريش أن لا ينازعوا فيه أهله وهي قريش ويحتمل أن يكون هذا ما أخذه علي بن أبي طالب من الناس أن لا ينازعوا من ولاه الله الأمر منهم وان كان فيهم من يصلح لذلك الأمر إذا كان قد صار لغيره

(فصل) وقوله وان نقول أو نقوم شك من الراوى بالحق حينما كنا يريد أن يظهر والحق بالقول أو القيام به حيث كانوا من المواطنين والأما كن لا يمنعهم من ذلك مخافة ولا لومة لاثم ص * مالك عن زيد بن أسلم قال كتب أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر بن الخطاب يذكر له جوعاً من الروم وما

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد قال أخبرني عبادة بن الوليد ابن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في السر والعسر والمنشط والمكره وان لا ننازع الأمر أهله وان نقول أو نقوم بالحق حينما كنا لا نخاف في الله لومة لاثم * وحدثنى عن مالك عن زيد بن أسلم قال كتب أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر بن الخطاب يذكر له جوعاً من الروم وما

يتخوف منهم فكتب اليه عمر رضي الله عنه أما بعد فإنه مما تنزل بعبد مؤمن من منزل شدة يجعل الله بعده فراجا وأنه لن يغلب عسر يسرين وأن الله جل ثناؤه يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون ﴿ ش قوله كتب أبو عبيدة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا كان أمير المؤمنين يستشير فيما يفعله لما فجا المسلمين من جوع الر وم ويعلمه ما يتقى منهم ويخاف من ضعف مسلمي الثغور عنهم فكتب اليه عمر رضي الله عنه بما ذكر في الحديث يريد أن عاقبة المؤمنين إلى النجاة وقوله رضي الله عنه فإنه لن يغلب عسر يسرين قيل إن وجه ذلك أنه لما عرف العسر اقتضى استغراق الجنس فكان العسر الأول هو الثاني من قوله تعالى فإن مع العسر يسرا ولما كان اليسر منكرا كان الأول منه غير الثاني وقد أدخل البخاري في تفسير سورة ألم نشرح لك بآثر قوله تعالى إن مع العسر يسرا كقوله تعالى قل هل ترصون بنا إلا إحدى الحسينين ﴿ فهذا يقتضي أن اليسر ين عند الظفر بالمراد والأجر فالعسر لا يغلب هذين اليسرين لأنه لا بد أن يحصل للؤمن أحدهما ﴿ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عند وجه ظاهر (فصل) وقوله رضي الله عنه فإن الله عز وجل يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون وذكرهم هذه الآية ونههم عليها لما تضمنت جميع ما يحتاجون إليه من الأمر بالصبر ومداومته وهو قوله وصابروا والأمر بالباط هو المقام بالثغر وسده والذب عنه وعن أهله

﴿ النهي عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو ﴾

يتخوف منهم فكتب اليه عمر بن الخطاب أما بعد فإنه مما ينزل بعبد مؤمن من منزل شدة يجعل الله بعده فراجا وأنه لن يغلب عسر يسرين وأن الله تعالى يقول في كتابه يا أيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون

﴿ النهي عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو وقال مالك وإنما ذلك مخافة أن يناله العدو ﴿ ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو يريد والله أعلم المصحف لما كان القرآن مكتوبا فيها ساء قرأ ولم يرد ما كان منه محفوظا في الصدر لأنه لا خلاف أنه يجوز لحافظ القرآن الغزو وإنما ذلك لأنه لا إهانة للقرآن في قتل الغازي وإنما الإهانة للقرآن بالعبث بالمصحف والاستخفاف به وقد روى مفسران نهى أن يسافر بالمصحف رواه عبد الرحمن بن مهدي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يسافر بالمصحف إلى أرض العدو مخافة أن يناله العدو (فصل) والسفر اسم واقع على الغزو وغيره قال ابن سحنون قلت لسحنون أجاز بعض العراقيين الغزو بالمصحف إلى أرض العدو في الجيش الكبير كالطائفة ونحوها وأما السرية ونحوها فلا قال سحنون لا يجوز ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك عاما ولم يفصل وقد يناله العدو من ناحية الغفلة والدليل على صحة ما ذهب إليه سحنون أنه لا قوة فيه على العدو وليس مما يستعان به على حربه وقد يناله لشغل عنه كما قال سحنون وقد يناله بالغلبة أيضا (مسألة) ولو أن أحدا من الكفار رغب أن يرسل إليه بمصحف يتدبره لم يرسل إليه به لأنه نجس جنب ولا يجوز له مس المصحف ولا يجوز لأحد أن يسلمه إليه ذكره ابن الماحشون وكذلك لا يجوز أن يعلم أحد من ذرارهم القرآن لأن ذلك سبب لتمكنهم منه ولا بأس أن يقرأ عليهم احتجا عليهم به ولا بأس أن يكتب إليهم بالآية ونحوها على سبيل الوعظ كما كتب النبي صلى الله عليه وسلم إلى ملك الروم يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو وقال مالك وإنما ذلك مخافة أن يناله العدو ﴿ ش قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو يريد والله أعلم المصحف لما كان القرآن مكتوبا فيها ساء قرأ ولم يرد ما كان منه محفوظا في الصدر لأنه لا خلاف أنه يجوز لحافظ القرآن الغزو وإنما ذلك لأنه لا إهانة للقرآن في قتل الغازي وإنما الإهانة للقرآن بالعبث بالمصحف والاستخفاف به وقد روى مفسران نهى أن يسافر بالمصحف رواه عبد الرحمن بن مهدي عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يسافر بالمصحف إلى أرض العدو مخافة أن يناله العدو (فصل) والسفر اسم واقع على الغزو وغيره قال ابن سحنون قلت لسحنون أجاز بعض العراقيين الغزو بالمصحف إلى أرض العدو في الجيش الكبير كالطائفة ونحوها وأما السرية ونحوها فلا قال سحنون لا يجوز ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك عاما ولم يفصل وقد يناله العدو من ناحية الغفلة والدليل على صحة ما ذهب إليه سحنون أنه لا قوة فيه على العدو وليس مما يستعان به على حربه وقد يناله لشغل عنه كما قال سحنون وقد يناله بالغلبة أيضا (مسألة) ولو أن أحدا من الكفار رغب أن يرسل إليه بمصحف يتدبره لم يرسل إليه به لأنه نجس جنب ولا يجوز له مس المصحف ولا يجوز لأحد أن يسلمه إليه ذكره ابن الماحشون وكذلك لا يجوز أن يعلم أحد من ذرارهم القرآن لأن ذلك سبب لتمكنهم منه ولا بأس أن يقرأ عليهم احتجا عليهم به ولا بأس أن يكتب إليهم بالآية ونحوها على سبيل الوعظ كما كتب النبي صلى الله عليه وسلم إلى ملك الروم يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم

(فصل) وقوله مخافة أن يناله العدو يريد أهل الشرك لأنهم ربما تمكنوا من نيله والاستغفاف به فلاجل ذلك منع السفر به إلى بلادهم

النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو

ص مالك عن ابن شهاب عن ابن لكعب بن مالك قال حسبته أنه قال عن عبد الرحمن بن كعب أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين قتلوا ابن أبي الحقيق عن قتل النساء والولدان قال فكان رجل منهم يقول برحت بنا امرأته ابن أبي الحقيق بالصباح فأرفع السيف عليها ثم أذكر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكف ولولا ذلك استرحنا منها * قوله نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق عن قتل النساء والولدان يريد حين أنفذهم لقتله فقتله عبد الله بن عتيك ونبيه هذا عن قتل النساء والولدان أصل في المنع من ذلك وسيرد بعد هذا مفسرا وقوله برحت بنا يريد أظهرت أمرنا بصباحها فكان بمنع قتلها إذا رفع عليها السيف ما يذكر من نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والولدان ولولا ما يذكر من ذلك النهى لقتلها فاستراحوا منها وهذا يدل على التعلق بالعموم لأنه أجرى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عمومهم في سائر الحالات ولم يقصره على القصد إلى ذلك دون الحاجة إليه والذي يظهر من مذهب أصحابنا أنه لا تقتل المرأة إذا جرى منها مثل هذا من الأذى بالصباح وقد قال ابن سحنون لا يقتل النساء في الحراسة خلافا للرواية في قوله يقتلن في الحراسة ووجه ذلك أن الحراسة على الأسوار والحصون ليست من باب المدافعة وهذا ما يمكن للنساء والصبيان فعله كالنظر والمراعاة ولا يستباح قتل هذين الصنفين ولكن يستباح قتلهم بالقتال والمدافعة التي ينفرد بها الرجال غالبا ص مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى في بعض مغازيه امرأة مقتولة فأنكر ذلك ونهى عن قتل النساء والصبيان * قوله رأى في بعض مغازيه امرأة مقتولة فأنكر ذلك يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم علم من حال تلك المرأة أنها لم تقتل ويحتمل أن يكون حل أمرها على اليهود من حال النساء في بعدهن عن القتال والمنعة وقد روى رباح بن ربيع قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء فقال امرأة مقتولة فقال ما كانت هذه لتقاتل قال وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال لخالدة لا تقتل امرأة ولا عسيفا فهذا يقتضي أن المنع من قتل النساء والصبيان لأنهم لا يقاتلون وفيه معنى آخر أنهن من الأمور التي يستعان بها على العدو وينتفع بهادون مخافة منهن فاما أن قاتلوا فانهن يقتلن لأن العلة التي منعت من قتلن عدم القتال منهن فإذا وجد منهن وجدت علة أباحة قتلن لأن الحاجة داعية إلى دفع مضرتهن وإزالة منعهن الموجود في الرجال (مسئلة) وهذا إذا قاتلن بالسلاح والرمح وشبهه وأما الرمي بالحجارة فهل يبيع قتلن أم لا قال ابن حبيب لا يستباح بذلك قتلن ورواه ابن نافع عن مالك ووجه ذلك أن مضرته هؤلاء ضعيفة وغناهن عن قومهن قليل فلا حاجة بنا إلى قتلن ومنع الانتفاع بهن وقال سحنون يرميهن المسلمون بالحجارة وإن قتلن في ذلك ووجه ذلك قوله تعالى ولن انتصر بظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل (فرع) فإذا قاتلنا جنبا مقاتلتهن ولم يستطع عليهن الأبعد أسرهن فهل يقتلن اختلف أصحابنا في ذلك فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انهن يقتلن وفي كتاب ابن سحنون لا يقتلن بعد الأسر وجه الرواية الأولى انهن بالقتال قد استحققن القتل ولا

النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو * حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن ابن لكعب بن مالك قال حسبته أنه قال عن عبد الرحمن بن كعب أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين قتلوا ابن أبي الحقيق عن قتل النساء والولدان قال فكان رجل منهم يقول برحت بنا امرأة ابن أبي الحقيق بالصباح فأرفع السيف عليها ثم أذكر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكف ولولا ذلك استرحنا منها * وحدثني عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى في بعض مغازيه امرأة مقتولة فأنكر ذلك ونهى عن قتل النساء والصبيان

يسقط ذلك عنهم بالأسر كالوقتلن أحدا من المسلمين ووجه الرواية الثانية أنهم ممن يقر على غير
 خزية فلم يجز قتلهم بالأسر كما يقتلن ص **م** مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر الصديق رضى
 الله عنه بعث جيوشا إلى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبي سفيان وكان أمير ربع من تلك الأرباع
 فرموا أن يزيد قال لأبي بكر أما أن يركب وأما أن أنزل فقال أبو بكر ما أنت بنازل وما أنا برا كبا
 أحسب خطاى هذه في سبيل الله ثم قال له أنك ستجد قوما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما
 زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له وستجلبو قوما فخصوا عن أو ساط رؤسهم من الشعر فاضرب ما فخصوا
 عنه بالسيف وإني موصيك بعشر لا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرا ولا تقطعن شجرا مترا ولا
 تحرقن عامرا ولا تعقرن شاة ولا بعيرا إلا لما كلة ولا تحرقن نخلا ولا تفرقنه ولا تغل ولا تنجبن **ش**
 قوله أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه بعث جيوشا إلى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبي سفيان
 يحتمل أنه خرج معه على سبيل البر له والتشييع فيكون ذلك سنة في تشييع الخارج إلى الغزو والحج
 وسبل البر وأضاف مشيه إلى يزيد بن أبي سفيان أما لانه اختص بمباشاته والقرب منه والمكاملة وأما
 لانه كان خروجه بسببه فقال خرج مع يزيد يشييعه بمعنى أنه قصد بخروجه تشييعه وإن لم يخرج جامعا
 (فصل) وقوله فرموا أن يزيد قال لأبي بكر أما أن يركب وأما أن أنزل على معنى الأكرام لأبي بكر
 والتواضع له لدينه وفضله وخلافته لثلاث كون حاله في الركوب أرفع من حاله في المشى وقول أبي بكر
 الصديق رضى الله عنه ما أنت بنازل وما أنا برا كبا إني احتسبت خطاى هذه في سبيل الله يزيدان
 قصده بالمشى في تشييعهم ووصيتهم حسبة في سبيل الله تعالى فلهذا أراد الرفق به والتقوية له لما يلقاه من
 نصب العدو وتعب السفر ولقاء العدو ومقاومته وأبو بكر رضى الله عنه لا يلقى شيئا من ذلك فلم يحتج
 من التقوى والترفع ما يحتاج إليه يزيد
 (فصل) وقوله رضى الله عنه أنك ستجد قوما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله فدعهم وما زعموا أنهم
 حبسوا أنفسهم له يريد الربيان الذين حبسوا أنفسهم عن مخالطة الناس وأقبلوا على ما يدعون من
 العبادة وكفوا عن معاونة أهل ملتهم برأى أو مال أو حرب أو أخبار بخير فهو لا لا يقتلون سواء كانوا
 في صوامع أو ديار أو غيران لأن هؤلاء قد اعزلوا الفريقين وعفوا عن معاونة أحدهما (مسئلة)
 وأما رهبان الكنائس فقال ابن حبيب يقتلون لأنهم لم يعزلوا أهل ملتهم وهم مداخولون لهم بحيث
 لا يمكن أن تعرف سلامتهم من معونتهم (مسئلة) ولا يسيى الرهبان ولا يخرجون من صوامعهم بل
 يتركون على حالهم خلافا للشافعى في قوله يسبون ويسترقون لقول أبي بكر رضى الله عنه فدعهم وما
 زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له وهذا يقتضى إبقاءهم على حالهم فإن كان للرهبان أموال فروى ابن نافع
 عن مالك في الراهب له الغنمة والزرع في أرض الروم أنه لا يعرض له وذلك يسير ولا يعرض لبقرة
 ولا لغنم إذا عرف أنها له ولذلك وجه يعرف وما أدري كيف يعرف هذا وقال سحنون إن معنى ذلك
 من قول مالك إذا كان قليلا قدر عيشه وأما ما جاوز ذلك فلا يترك له وجه قول سحنون إن في
 استئصال ماله قتله أو إزاله عن موضعه وقد تقدم أن ذلك غير جائز فلا بد أن يترك له ما يكفيه وما زاد
 عليه فلا حاجة له إليه فلا يترك له

(فصل) وقوله رضى الله عنه ويستجد أقواما فخصوا عن أو ساط رؤسهم بر يد حلقوا أو ساط رؤسهم
 قال ابن حبيب يعنى الشامسة فأمره أن يضرب ما فخصوا عنه بالسيف يريد بذلك قتلهم ولم يرد ضرب
 ذلك الموضوع خاصة وذلك كقوله تعالى إذ يوحى ربك إلى الملائكة أنى معكم فثبتوا الذين آمنوا سألنى

* وحدثني عن مالك عن
 يحيى بن سعيد أن أبا بكر
 الصديق بعث جيوشا إلى
 الشام فخرج يمشى مع
 يزيد بن أبي سفيان وكان
 أمير ربع من تلك الأرباع
 فرموا أن يزيد قال لأبي
 بكر أما أن يركب وأما أن
 أنزل فقال أبو بكر ما أنت
 بنازل وما أنا برا كبا
 أحسب خطاى هذه في
 سبيل الله ثم قال له أنك
 ستجد قوما زعموا أنهم
 حبسوا أنفسهم لله فدعهم
 وما زعموا أنهم حبسوا
 أنفسهم له ويستجد قوما
 فخصوا عن أو ساط رؤسهم
 من الشعر فاضرب ما
 فخصوا عنه بالسيف وإني
 موصيك بعشر لا تقتلن
 امرأة ولا صبيا ولا كبيرا
 هرا ولا تقطعن شجرا
 مترا ولا تحرقن عامرا
 ولا تعقرن شاة ولا بعيرا
 إلا لما كلة ولا تحرقن نخلا
 ولا تفرقنه ولا تغل ولا
 تنجبن

في قلوب الذين كفروا الرعب فاضربوا فوق الأعناق واضربوا منهم كل بنان وأما ضرب أو ساط رؤسهم بالسيف فلا يجوز ذلك الا قبل الأسر لهم في نفس الحرب وأما بعد أسرهم والتمسك منهم فلا ينبغي أن يمثل بهم ولا يعذب في قتلهم ولكن تضرب أعناقهم صبرا الآن يكونوا قد فعلوا بالمسلمين على وجه التمثيل فيعمل بهم مثله قال الله تعالى وإن عاقبتهم فعاقبوا يمثل ما عوقبتهم به

(فصل) لم يذكر في هذا الحديث تقديم الدعوة والمشركون في ذلك على ضربين طائفة قد بلغتهم الدعوة وطائفة لم تبلغهم فأما من بلغته الدعوة فروى عن مالك ثلاثه عشرتهم ويقاثلون دون تقديم دعوة الى الاسلام وهذه رواية العراقيين عن مالك وفي المدونة روايتان عن مالك قال ابن القاسم لا يبيتوا غزوناهم نحن أو أقبلوا الينا غزاة في بلادنا حتى يدعوا قال وقد قال مالك أيضا الدعوة ساقطة عن قارب الدار لعلمهم بما يدعون اليه وأما من شك في أمره نغيب أن لا تبلغه الدعوة فإن الدعوة أقطع للشك وأزهر للجهاد يبلغ بك وبهم ما بلغ وقال أبو حنيفة إن بلغتهم الدعوة فحسن أن يدعوا قبل القتال وإن لم تبلغهم الدعوة لم يبتدوا بالقتال حتى يدعوا وقال الشافعي لا أعلم أحدا من المشركون لم تبلغه الدعوة الا أن يكون خلف الذين يقاثلون قوم من المشركون خلف الخزر والترك لم تبلغهم الدعوة فلا يقاثلوا حتى يدعوا الى الايمان وجه الرواية الأولى ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث محمد بن مسلمة وأبا نائلة الى كعب بن الاشرف وابن أبي الحقيق فينتو هما غارين وقتلوهما ولم يقدمادعوة حين قتلاهما ومن جهة المعنى ما احتج به في المدونة انه قد تقدم علمهم بما يدعون اليه وعادوا الدين وأهله والدعوة لا تحدث لهم إلا تحذيرا واندارا وهم مع ذلك يطلبون الغرات والعورات فيجب أن يلتمس منهم ويؤخذوا بها * قال القاضي أبو الحسن وعلى كل حال فيستحب أن يدعوا الى الايمان قبل القتال ووجه الرواية الثانية ما روى أن علي بن أبي طالب قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا فقال صلى الله عليه وسلم انفذتم ادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله فوالله لان يهدي الله بك رجلا واحد اخبرك من حرا نعم ومن جهة المعنى ان هذا حرب للمشركون فازم أن يتقدم بالدعوة كغير العالمين لان تجديد الدعوة قد يكون فيها من التذكير بالله والايمان به ما لم يكن فيما تقدم (فرع) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم الروم وأما القبط فقد قرن مالك بينهم وبين الروم فقال لا يقاثلوا ولا يبيتوا حتى يدعوا ولا تزي الدعوة بلغتهم وكذلك الفرائزة قال القاضي وهم جنس من الحبشة قال ولم ير مالك بلوغ الدعوة غرة فيهم ووجه ذلك انهم قد استعملوا الكف عن المسلمين ولم يعاجلوا بالحاربة ولا استعملوا طلب الغرة فلم يكن في تقديم الدعوة وجه مضره وكذلك اذا كان المسلمون ظاهرين ولم يكن في تقديم الدعوة لمن قد بلغته وجه مضره فان الدعوة ثابتة في حقهم ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتقديم الدعوة على محاربة أهل خيبر وقد تقدم علمهم بما يدعوا النبي صلى الله عليه وسلم ولا خلاف في ذلك لطول المدة وقرب المسافة (فرع) فان عوجل أحد من لم تبلغه الدعوة فقتل قبل أن يدعى الى الايمان فقد قال أبو حنيفة لا دية فيه وقال الشافعي الدية على عاقلة القاتل قال القاضي أبو الحسن ولست أعرف لمالك فيه نصا ولا أظهر عندي قول أبي حنيفة قال والدليل على ذلك ان من أصلنا ان المسلم اذا أقام بدار الحرب مع القدرة على الخروج ثم قتل خطأ لم تكن فيه دية الكافر منهم أولى الا أن تكون فيه دية قال وأيضا فانه ليس فيه أكثر من اننا ممنوعون من قتله وذلك لا يوجب فيه دية لكونه في دار الحرب كقتل نسائهم وذرائعهم وكذلك الرهبان والشيوخ الفاني

(فصل) وقوله رضى الله عنه انى موصيك بعشر خلال لا تقتلن امرأة ولا صبياً على حسب ما تقدم من المنع من قتل النساء والصبيان وان الصبي هو الذى لم يحتلم ولم ينبت فان أنبت ولم يحتلم فهل يقتل أم لا اختلف أصحابنا فى ذلك فقال أكثرهم يقتل وقال ابن القاسم لا يقتل حتى يحتلم وجه القول بالقتل ما روى عن عطية القرطبي انه قال عرضنا على النبي صلى الله عليه وسلم يوم فريضة فكان من أنبت مناقتل ومن لم ينبت خلى سبيله فكنت فبين لم ينبت نخلى سبيلي ومن جهة المعنى ان الاحتلام انما يتعلق به حقوق الباري تعالى وأما حقوق الأديين فالأحكام التى تنفذ بين الناس فلا يجوز أن تتعلق بالاحتلام لانه أمر لا يدري ويمكن كتمانها وادعاؤه وانما يجب أن يتعلق ذلك بأمر يظهر ويمكن معرفته بالنظر اليه وهو الانبات على انه فى الأغلب لا يتأخر عن الاحتلام ولا يتقدم عليه بكثير مدة وأكثراً يكون مقارناله والله أعلم

(فصل) وقوله رضى الله عنه ولا كبيراً هرماً يريد الشيخ الهرم الذى يبلغ من السن ما لا يطيق القتال ولا ينتفع به فى رأى ولا مدافعة فهنا مذهب جمهور الفقهاء الا انه لا يقتل وبه قال مالك وأبو حنيفة وللشافعى قولان أحدهما مثل قول الجماعة والثانى يقتل هو والراهب والدليل على ما نقوله قول أنى بكر رضى الله عنه هذا ليزيد بن أبى سفيان ولا مخالف له فثبت انه اجماع ومن جهة القياس ان هذا ممن لا يقتل ولا يعين العدو بمنع دائم فلا يجوز قتله كالمرأة (مسألة) اذا ثبت ذلك فان المشركين على ضربين أحدهما ممن لا يخاف منه مضرة ولا معونة برأى ولا مال كالراهب والشيخ الفانى فهذا قد تقدم حكمه والضرب الثانى أن يكون ممن تخشى مضرته فيكون فيه المعونة بالحرب أو الرأى أو المال فهذا اذا أسرى يكون الامام مخيراً فيه بين خمسة أشياء أن يقتله أو يفادى به أو يمن عليه أو يسترقه أو يعقله الذمة على أداء الجزية فأما الاسترقاق وعقد الذمة فلا خلاف نعلمه فى جوازهما وأما القتل فحكى القاضى أبو الحسن انه لا خلاف فى جوازه وحكى القاضى أبو محمد عن الحسن المنع من ذلك وانه قال اصنع كما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم بأسارى بدر بمن عليه أو يفاديه والدليل على جواز ذلك قوله تعالى ما كان لنى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض ودليلنا من جهة السنة تواتر الاخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم يقتل عقبته بن أبى معيط والنضر بن الجارث من أسارى بدر ومن جهة المعنى انه ليس فى الأسير حقن الدم وانما يحقن الدم بعقد الأمان (مسألة) وأما المن أو المفاداة فانه جائز عند جمهور الفقهاء وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز المن ولا المفاداة وحكى هذا القول عن أصحاب الشافعى غير أنهم قالوا لا يفادى بمال وهذا القول فى المفاداة انما هو لسحنون والدليل على صحة جواز المن والمفاداة قوله تعالى فاذا لقيتم الذين كفروا فاضربوا رقابهم حتى اذا أئخنتموهم فشدوا الوثاق فاماناً بعهديهم إتماماً حتى تضع الحرب أوزارها ودليلنا من جهة السنة ما نظا فبرت الأخبار به من مفاداة أهل بدر ودليلنا من جهة القياس ان هذا يقتل بجوز تركه الى غير بدل فجاز تركه الى بدل كالتقصاص (مسألة) اذا ثبت ذلك فان الامام يجب أن ينظر فى ذلك بحسب الاجتهاد فمن علمت شجاعته واقدامه أو رأيه وتديره فالأولى قتله ومن لم يكن بهذه الصفة وكان صانعاً أو عسيفاً فالأفضل استبقاؤه ومن رضى اسلامه والاتفاغ به فالأولى أن يمن عليه ومن كان غناؤه عنهم قليلاً وأخذ عنه عوض نافع من مال أو أسير من أسرى المسلمين فودى

(فصل) وقوله رضى الله عنه ولا تقطعن شجرة امثراً ولا تخرب عين عاصراً هذا على ضربين أما ما كان من البلاد مما يرجى أن يظهر عليه المسموم فانه لا يقطع شجره المثمر ولا يخرب عاصره

لما يرجى من استيلاء الاسلام عليه وانتفاعهم به وما كان بحيث لا يرجى مقام المسلمين به لبعده
وتوغله في بلاد الكفر فانه يخرب عامره ويقطع شجره المضر وغيره لان في ذلك اضعافا لهم وتوهينا
واتلافا لما يتقون به على المسلمين قال ابن حبيب قال مالك وأصحابه انما نهى الصديق عن اغراب
الشام لانه علم مصيرها للمسلمين وأما ما لا يرجى ظهورهم عليه فغراب ذلك مما ينبغي قال ابن حبيب
هو الصحيح وقد حرق النبي صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير

(فصل) وقوله ولا تعقرن شاة ولا بعيرا الا لما كلة وهذا أيضا على ضربين أحدهما أن يكون
الابل والغنم فيستطيع المسلمون أن يخرجوا بها ويتمولوها فلا تعقر الحاجة ويحتمل أن يريد
بالعقر الذبح والخرف يقول لا يسرع بذبحها ونحر ابلها الا لحاجتهم الى أكلها فأما على وجه السرف
والافساد أو على وجه القتل والاخراج للبيع الى بلاد المسلمين فلا ويحتمل أن يريد بالعقر احبس
لما شرد منها بالعقر الذي يحبس ما ند وشرد ولا تبلغ مبلغ القتل فيقول ما شرد عليكم فلا يمكنكم
ركوبه واستعماله فلا ترموه ولا تعقروه وليكن في جملة ما يساق من الابل ولا تعقروه على الوجه
المذكور الا لحاجتكم الى أكله فاحبسوه بالعقر ثم ذكوه بعد النكح منه بالنحر (مسئلة)
والضرب الثاني من الابل والغنم ما يعجز المسلمون عن اخراجه فانه يقتل أو يعقرو وهو الذي غناه
بقوله المروى عنه في كتاب ابن المواز ولا بأس أن يعقر غنمهم وبقرهم وان لم يصحج الى ذلك لان في ترك
ذلك تقوية للعدو وفي اتلافه اضعافا لهم فان كانوا ممن يأكل الميتة فالصواب أن تعرق بعد العقر ان
أمكن ذلك ليبطل انتفاعهم بها وبالله التوفيق فعلى هذا يحمل قول أبي بكر رضي الله عنه على
ما يمكن اخراجه وحله ابن وهب على عمومه فقال لا يجوز قتل شيء من الحيوان الا لما كلة (مسئلة)
وأما دوابهم وخيلهم وبغالهم وجرهم فانها تعقر اذا عجز عن اخراجها والانتفاع بها لم يختلف في ذلك
أصحابنا غير ابن وهب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز عقرها وبه قال ابن وهب من أصحابنا
ولكن نخلي والدليل على ما نقوله ان هذه أموال باقية يتقوى بها العدو وفجاء اتلافها عليهم كالزعر
القائم والشجر المضر (فرع) واختلف أصحابنا في صفة العقر فقال المصريون من أصحاب مالك
تعرق وتذبح أو يجعز عليها وقال المدنيون من أصحابه يجعز عليها وكرهوا أن تذبح أو تعرق قال
ابن حبيب وبه أقول لان الذبح مثله والعرق تعذيب وهذا الذي قاله ابن حبيب ليس بين لان الذبح
لم يكره في الخيل لانه مثله وانما كره لانه ذريعة الى اباحة أكلها قال أصحابنا يضرب عنقه وتبقر
بطنه فأما العرق فانه تعذيب على ما ذكره والصواب الاجهاز عليه بوجه يمنع أكله عندهم قال
بذلك ووجه ما حكاه عن البصريين أنه بما اضطر اليه أحد من المسلمين فيكون أولى من الميتة
وكذلك ما وقف من خيل المسلمين ببلد العدو فحكمه عند مالك وأصحابه ما ذكرناه في خيل العدو
وأما سائر الأموال مما ليس بحيوان فان عجز عنه أحرق ولم يترك طعاما كان أو غيره

(فصل) وقوله ولا تعقرن نحلا ولا تعقرنه يريد ذباب النحل لا يحرق بالنار ولا يفرق في ماء
واختلف قول مالك فيما لا يقدر على اخراجه من ذلك فروى ابن حبيب عن مالك يحرق ويفرق وروى
عن مالك انه كره ذلك وجه الرواية الاولى انه لا طريق الى اتلافها الا بذلك واتلافها أمور به لانها مما
يقوى به العدو فاذا لم يكن اتلافها الا بالنار توصل اليه بها كالفار من العدو ووجه الرواية الثانية
ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال قرصت نمل نبياسم الانبياء فأمر بقرية من النمل فأحرقت
فأوحى الله اليه أن قرصتك نمل فأحرقت أمة من الامم تسع وهذا ما لم تدع الى ذلك حاجة كل فان

احتاج الى ذلك ولم يمكنه دفعها الا بتعريضها وتغريقها فعل من ذلك ما يتوصل به الى ما يتناول ما في جباها والله التوفيق

(فصل) وقوله رضى الله عنه لا تغفل ولا تحين الغلول أن يأخذ من الغنمية بعض الغانمين ما لم تصبه المقاسم وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى والجن الجزع والفرار عن لا يجوز الفرار عنه وهو من الكبار عند ابن القاسم وأكثر أصحابنا وقال الحسن البصري لم يكن الفرار من الزحف كبيرة الا يوم بدر والدليل على ما نقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذ القيمتم فثبوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذ القيمتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار الآية (مسئلة) اذ ثبت ذلك فقد اختلف الناس في المعنى المرامي في جواز الفرار عن العدو في الحرب فالذي عليه جمهور أصحابنا العدو به قال ابن القاسم وروى ابن الماجشون عن مالك انه قال الجلد وهو السلاح والقوة وجه قول ابن القاسم قوله تعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين الآية ثم قال بعد ذلك الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم صابرة يغلبوا مائتين وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصابرين (مسئلة) وهذا اذا أمن أن يكثر وأما في بلادهم وحيث يخاف تكاثرهم فان العدو اليسير أن يولوا عن مثلهم لان فرارهم ليس عن العدد اليسير وانما هو مخافة أن يكثر وكذا ان فرعد من المسلمين عن مثلهم من العدو بحيث لا يجوز لهم الفرار وكان منهم من لا يريد ذلك فان له اذا انهزم أصحابه ويئس منهم أن يولى حينئذ لان توليه انما هو عن جماعة العدو وانحيازاً الى أصحابه وقد فعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ومن ثبت معه يوم أحد حين انهزم المسلمون ويئس من رجعتهم انحاز في آخرهم الى المسلمين ص **✽** مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عامل من عماله انه بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث سرية يقول لهم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام عليك **✽** ش قوله رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية السرية من يدخل دار الحرب مستخفيا وجيش من يدخل معلنا وظاهر ما غالب وليس لعددهما حد وقد روى خيرا الصحابة أربعة والطلاق أربع بعون وخير السرايا أربع بعانة وخير الجيوش أربع بعنة وآلاف ولن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة ولا تبييت

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله على معنى تبين ما يفارقهم عليه وتذكيرهم بتحقيق النية عند ابتداء العمل وقوله صلى الله عليه وسلم لا تغلوا يريد الغلول وسير بيانه ان شاء الله وقوله صلى الله عليه وسلم لا تغدروا والغدر هو نقض العهد وترك الوفاء للمشركين وغيرهم وذلك مما لا خلاف في المنع منه وقد روى ابن عمر سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول لكل غادر لواء ينصب له يوم القيامة بغدرته (مسئلة) والتأمين على ضربين أحدهما أن يؤمن العدو بحيث القوة للمسلمين فهذا لا يجوز الغدر به ولا خلاف في ذلك والثاني أن يؤمنهم الاسير في أيديهم ابتداء أو يطلقوه من التقاف بشرط ذلك وذلك يتناول أحد أمرين أحدهما أن يؤمنهم على أنفسهم وسيأتي بيان ذلك ان شاء الله والثاني أن يؤمنهم من فراره وأخذ شيء من أموالهم فان آمنهم من فراره لمهم الوفاء به قاله ابن القاسم وقال سفيان الثوري له أن يفر والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى وأوفوا بالعهد الله اذا عاهدتم **✽** قال القاضي أبو الوليد وعندى ان هذا انما هو اذا عاهدكم فحلت للعهد وأما أن أكره عليه فانه لا يلزمه الوفاء به ويجوز له الفرار

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عامل له من عماله انه بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث سرية يقول لهم اغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام عليك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ولا تمثلوا يدي العيث في تملهم بقطع الايدي والارجل وفقه العين وقطع الأذان وانما يقتل من أسرمهم بضرب الرقاب وأما ما روى من ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالعربيين الذين قتلوا رعاء النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا رعاءهم فأمر بهم النبي صلى الله عليه وسلم ففقط أيديهم وأرجلهم وسهل أعينهم فانه روى سلمان التميمي عن أنس انهم كانوا يفعلوا بالرعاء مثل ذلك ومثل هذا يجوز من مثل بمسلم أن يمثل به على سبيل القصاص والمقارضة على فعله (مسئلة) وهذا في قتلهم بعد الاستيثاق منهم فأما في الحرب فانهم على ضربين أحدهما أن يضعف المشرك عن المحاربة ويستسلم فهذا يجوز قتله بالطعن والضرب دون التمثيل ولا التعذيب والضرب الثاني أن يكون مقاتلا ومدا فافهذا يجوز أن يتوصل الى اذيته بكل ما يمكن بما فيه تمثيل وغيره

(فصل) وقوله رضى الله عنه وقل ذلك لجيوشك وسراياك ان شاء الله والسلام اما خص الامير بهذه الوصية ثم أمره أن يوصي بهما من ينفعه من الجيوش والسرايا لانه هو الذي يطاع أمره فاذا أمر بذلك من ينفعه امتثل أمره وبالله التوفيق

﴿ ماجاء في الوفاء بالامان ﴾

ص ﴿مالك عن رجل من أهل الكوفة ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى عامل جيش كان بعثه انه بلغني أن رجالا منكم يطلبون العليج حتى اذا أسند في الجبل وامتنع قال رجل مطرس يقول لا تخف فاذا أدركه قتله واني والذي نفسي بيده لا أعلم مكان أحد فعل ذلك الا ضربت عنقه ﴾ قال مالك ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه وليس عليه العمل ﴿ش قوله رضى الله عنه انه بلغني ان رجالا منكم يطلبون العليج يريدونهم فماتهم فيمتنعون حتى اذا أسند في الجبل يريد صار في سنده وامتنع فيه ممن طلبه قال له مطرس وانه لفظه فارسية تقول الفرس مطرس أى لا تخف فاذا أدركه قتله فانكر عمر رضى الله عنه قتله بعد أن آمن لانه نقض لما عقده من التأمين وقد أمر الله تعالى بأن يوفى بالعهد فقال يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وقال عز وجل وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم وفي التأمين خمسة أبواب ﴿ الباب الأول في صفة التأمين ﴾ الباب الثاني في وقت التأمين ﴾ والباب الثالث في صفة المؤمن ﴾ والباب الرابع فيما ثبت به التأمين ﴾ والباب الخامس في مقتضى التأمين ﴿ الباب الأول في صفة التأمين ﴾

التأمين لازم لكل لسان عربيا كان أو غيره سواء فهمه المؤمن أو لم يفهمه والاعتبار فيه بأحد الجنبتين فان أراد المؤمن التأمين ولم يفهمه الحربى فقد لزمت الامان وكذلك ان أراد به المؤمن منع الامان فظن الحربى انه أراد التأمين فقد لزمت من الامان أن لا يقتله بذلك الاستسلام وحكم الاشارة في ذلك حكم العبارة والكناية لان التأمين انما هو معنى في النفس فيظهره تارة بالنطق وتارة بالكناية وتارة بالاشارة فكل ما بين به التأمين فانه يلزم كالسكلام

﴿ الباب الثاني في وقت التأمين ﴾

التأمين لازم ما لم يكن الحربى مأسورا أو في حكم المأسور من تيقنت غلبته وظهر الظفر به فأما المأسور فأمره الى الامام فليس لغيره الاقتيات عليه فيه كما أنه ليس لغير الامام استرقاقه ولا عقد الذمة له كذلك ليس له تأمينه والمن عليه ولو أثمر في المسامون على أخذ حصن وتيقن أخذه فأمن أهله رجل من المسامين كان للامام ردتا تأمينه قاله سحنون لان حق المسامين قد تعلق بهم فليس لهذا

﴿ ماجاء في الوفاء بالامانات ﴾

﴿ حداثي يحيى عن مالك عن رجل من أهل الكوفة أن عمر بن الخطاب كتب الى عامل جيش كان بعثه انه بلغني ان رجالا منكم يطلبون العليج حتى اذا أسند في الجبل وامتنع قال رجل مطرس يقول لا تخف فاذا أدركه قتله واني والذي نفسي بيده لا أعلم مكان واحد فعل ذلك الا ضربت عنقه قال يحيى سمعت مالكا يقول ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه وليس عليه العمل

المؤمن ابطاله ولو تقدم الامام بمنع التأمين ثم تعدى بعد ذلك رجل من المسلمين فأمن أحدا كان للامام رد تأمينه ورد الحرب إلى ما كان عليه قبل الامان ان لم يعلموا منع الامام وان علموا

﴿ الباب الثالث في صفة المؤمن ﴾

المؤمنون على ضربين آمن وخائف فاما الآمن فاذا اجتمعت له صفات الامان وهي خمسة الذكورة والحرية والبلوغ والعقل والاسلام جاز تأمينه عند مالك فان عدم بعض هذه الفصول فقد اختلف العلماء فيه وقال عبد الملك بن الماسحون لا يلزم غير تأمين الامام فان أمن غيره فلا امام بالخيار بين أن يمضيه وبين أن يرده والاصل فيما ذهب اليه مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل ودليلنا من جهة القياس ان هذا مسلم يعقل الامان فجاز أمانه كالامام (مسئلة) وأما الاثوثة فلا تمنع صحة الامان وسأقي ذكرها بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما الحرية فقد اختلف أصحابنا في مراعاتها فقال القاضي أبو الحسن لم أجده في نصاب مالك ولكنهم يحكمون بلزوم أمان العبد ونراه قياس قول مالك وقد نص على لزومه ابن القاسم وذكر القاضي أبو محمد بلزوم أمان العبد على انه مذهب مالك وبه قال الشافعي وأخرج الشيخ أبو محمد في النوادر رواية عن ابن عيسى عن مالك أنه قال لا يصح أمان العبد وما سمعت فيه شيئا وقال سحنون ان أذن له سيده في القتال جاز أمانه وان لم يأذن له سيده في القتال لم يجز أمانه وبه قال أبو حنيفة وجه اجازة أمانه قوله صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم والعبيد من أدنى المسلمين ودليلنا من جهة القياس أن كل من لزم أمانه اذا أذن له في القتال لزم وان لم يؤذن له كالاجبر والمرأة ووجه رواية عن أنه محجور عليه فلم يجز تأمينه كالطفل والذي لا يعقل (مسئلة) وأما البلوغ فاختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم يجوز تأمين الصبي اذا عقل الامان وقال سحنون ان أجازه الامام في المقاتلة جاز تأمينه والا فلا أمان له وقال الشافعي لا يلزم أمانه وجه قول ابن القاسم ان هذا مسلم يعقل الامان فجاز تأمينه كالبالغ (مسئلة) وأما العقل فلا اختلاف في اعتباره في لزوم الامان وصحته لأن من لا يعقل لا يعتبر بأقواله ولا تصح مقاصده وأما الاسلام فالظاهر من المذهب الاعتبار به وبه قال أبو حنيفة والشافعي والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تسكافأد ماؤهم ويسقي بذمتهم أدناهم فخص بذلك المسلمين

﴿ الباب الرابع فيما ثبت به الامان ﴾

فد اختلف أصحابنا في ذلك فقال سحنون لا يثبت الا بقول شاهدين وأما بقول المؤمن فلا يثبت له التأمين وقال ابن القاسم يثبت بقول المؤمن وبه قال الاوزاعي وأصبغ وابن المواز وجه ما قاله سحنون أن التأمين فعل المؤمن والزام سائر المؤمنين تأمينه لا يثبت بقوله وانما يثبت بشهادة غيره ووجه قول ابن القاسم أن هذا شخص يصح أمانه فوجب أن يقبل فيه قوله كالامام

﴿ الباب الخامس في مقتضى التأمين ﴾

أما التأمين فانه على ضربين أحدهما التأمين المطلق الذي لا مخافة بعده أن لا يحدث والثاني تأمين مترقب فاما الاول فمثل أن يؤمن الامام الرجل والجماعة من المشركين تأميننا مطلقا فهذا يقتضى كونه آمنا من القتل والاسترقاق فان أراد البقاء في بلاد المسلمين على أداء الجزية كان له ذلك وان أراد الرجوع إلى حيث شاء من بلاد الحرب فهو آمن حتى يبلغ موضع امتناعه من بلاد الحرب وهذا

حكم من أمنه المسلم الجائر الأمان وأما التأمين المترب فان ينظر فيه الامام فان رآه صواباً أمضاه والاردة وردة الى مأمنه وهذا مذهب مالك وابن الماجشون وقال سحنون ان التأمين أن لا يكون لأحد من الجيش قتل المؤمن وينظر الامام في حاله فان رأى التأمين صواباً أمضاه والاردة الى مأمنه ولعل هذا أن يكون تجوزاً ممن يقوله من أصحابنا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والصواب عندى أن ردّه الى مثل الحالة التي كان عليها قبل التأمين ولو لم ردّه الى مأمنه لكان أمناً تاماً فهذا عند سحنون هو التأمين الصحيح وابن الماجشون يرى هذا رد الامان

(فصل) وقوله والذي نفسى بيده لا أعلم مكان أحد فعل ذلك الا ضربت عنقه بحمق أن يكون عمر رضى الله عنه رأى قتل المسلم بالمستأمن وقد قال به أبو يوسف ومنع منه مالك وأبو حنيفة والشافعي ولذلك قال مالك ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه وليس عليه العمل يريد أن من قتل من المسلمين مستأمناً فإنه لا يقتل به ص * وسئل مالك عن الاشارة بالامان أهى بمنزلة الامان فقال نعم واني أرى أن يتقدم الى الجيوش أن لا تقتلوا أحداً أشاروا اليه بالامان لأن الاشارة عندى بمنزلة الكلام وأنه بلغنى أن عبد الله بن عباس قال ما اختر قوم بالعهد الاسلطة الله عليهم العدو * ش وهذا كما قال ان الاشارة بمنزلة الكلام والكتابة لأنها فهم بالامان فيجب أن يتقدم الى الجيوش أن لا يقتلوا من أشاروا اليه بالامان والاشارة بالامان على ضربين أحدهما أن يشير الى ممنع بالامان فهذا يكون آمناً يذهب حيث شاء والثاني أن يؤمن أسير بعد ان يأمره فهذا لا يجوز له ولا غيره قتله حتى يبلغ الامام فيرى فيه رأيه لأنه آمنه بعد ان ثبت فيه حكم النظر للامام

(فصل) وقول عبد الله بن عباس ما خرق قوم العهد يريد نقضوه ولم ينفوا به الاسلطة الله عليهم عدوهم يريدان هذه عقوبتهم التي تختص بهم في الدنيا مع ما في ذلك من المآثم والله أعلم

✽ العمل فممن أعطى شيئاً في سبيل الله ✽

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان اذا أعطى شيئاً في سبيل الله يقول لصاحبه اذا بلغت وادى القرى فشنأناك به * ش قوله أن عبد الله بن عمر كان اذا أعطى شيئاً في سبيل الله يريد أن يخرج فيه نفقة أو فرساً أو سلاحاً يقول لصاحبه يريد الذي يدفع اليه ذلك اذا بلغت وادى القرى يريد أن هذا نهاية في سفره ومقتضى غزوه في رجوعه غاز يامن الشام وقوله فشنأناك به يعنى هولك وفي هذا مسئلتان احدهما حكم محل العطية والثانية حكم العطية فأما حكم محل العطية فعلى ضربين أحدهما الاطلاق والثاني التعيين فأما الاطلاق فهو أن يقول مالى في سبيل الله فان منصرفه الى الغزاة ومن في موضع الجهاد لأن اطلاق هذه اللفظة وظاهرها يقتضى الجهاد فان كان في موضع لا جهاد فيه ولا غزو فلا يعطى منه حاج ولا غيره قاله مالك قال سحنون ويعطى منه الصبيان والنساء والاعمى والمقعّد وقال سحنون لا يعطى منه من تعطل عن العمل كالمفلوج والاعمى ويعطى منه المريض وجه ما قاله سحنون ان هؤلاء من عمار الثغور وفي بقائهم هناك تكثير للعدو وقوة لأهل الحرب فكانوا مستحقين ووجه قول سحنون انهم لا يرجي منهم عون على الحرب فلا يعطون منه شيئاً لأن هذا المال انما أخرج للعون على الحرب (مسئلة) وأما حكم العطية فانه على ضربين أحدهما أن يجعل العطية في السبيل خاصة فهذا ليس لمن اعطيتها تموتها ولا تنفقها في غير سبيل الله لانه عدول بالعطية عن وجهها وهى له أن يأكل منها في القبول أم لا قال ابن حبيب ينفق منها في القبول وقال مالك

* وسئل مالك عن الاشارة بالامان أهى بمنزلة الكلام فقال نعم واني أرى أن يتقدم الى الجيوش أن لا تقتلوا أحداً أشاروا اليه بالامان لأن الاشارة عندى بمنزلة الكلام وانه بلغنى ان عبد الله بن عباس قال ما اختر قوم بالعهد الاسلطة الله عليهم العدو

✽ انعمل فممن أعطى شيئاً في سبيل الله ✽

* حنن بن يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان اذا أعطى شيئاً في سبيل الله يقول لصاحبه اذا بلغت وادى القرى فشنأناك به

لا ينتفع بها في القفول وجه ما قاله ابن حبيب ان القفول من الغزو فكان له أن ينفق فيه منه كالمسير إلى بلد العدو وجه ما قاله مالك أن من أخرج شيئا في سبيل الله فقد عينه للغزو والعون على العدو وليس القفول منه بسبيل فمن فضل له منه شيء بعد ذهابه على قول مالك أو عن قوله على قول ابن حبيب فهو خير بين أن يردّه إلى من أعطاه إياه أو يعطيه هو في سبيل الله * وأما الضرب الثاني وهو أن يجعل المعطى العطية في سبيل الله ويتلها لمن أخذها بان يقول له هذا لك في سبيل الله فهذا يلزم المعطى أن يتزود منه في السبيل بقدر ما يعلم أن تلك العطية تخرج لمثلّه ثم يكون له بيعه والانتفاع بثمنه وهذا كان عبد الله بن عمر يشترط عليه إذا بلغ وادى القرى يريد بعد قضاء الغزو به ص * مالك عن يحيى بن سعيد بن سعيد بن المسيب كان يقول إذا أعطى الرجل الشيء في الغزو فبلغ به رأس مغزاه فهو له * ش قوله إذا أعطى الرجل الشيء في الغزو يريد ما قلناه من تبتيه له على وجه الغزو به وقوله فبلغ به رأس مغزاه يريد نهاية الغزو في القفول وموضع تفرق أهل الجيش إلى مواضعهم وبلادهم وهكذا كانت وادى القرى رأس المغزى في الغزو وإلى الشام وقوله فهو له يريد أنه قد ملكه وكل ما لزمه المعطى فيه من الغزو به فليقل به المعطى ماشاء من بيع أو غيره ص * سئل مالك عن رجل أوجب على نفسه الغزو وقبض حتى إذا أراد أن يخرج منعه أبواه أو أحدهما فقال لا أرى أن يكابرهما ولكن يؤخر ذلك إلى عام آخر فأما الجهاز فاني أرى أن يرفعه حتى يخرج به فإن خشي أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشتري به ما يصلحه للغزو فإن كان موسرا يجده مثل جهازه إذا خرج فليصنع بجهازه ماشاء * ش وهذا كما قال ابن أوجب على نفسه الغزو وبذرا وأقسم قبضه ثم منعه منه أبواه فليس له أن يكابرهما في ذلك العام وليؤخر غزوه إلى العام المقبل وقد بينا أن الجهاد على ضربين أحدهما أن لا يتعين على المكلف الغزو والجهاد لقيام غيره به فهذا يلزمه طاعة أبيه في المنع منه مؤمنين كانوا أو كافرين قاله سحنون والأصل في ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر أنه قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاستشاره في الجهاد فقال ألك أبوان فقال نعم قال ففهما فجاهد ومن جهة المعنى أن طاعة أبيه من فرض الأعيان والجهاد من فرض الكفاية وفروض الأعيان أكد (مسئله) والضرب الثاني أن يتعين على المكلف الجهاد وهو يتعين من وجهين أحدهما أن يوجب ذلك على نفسه بنذرا وأقسم والثاني أن يجب ذلك عليه بأصل الشرع ويتعين عليه لقوة العدو وضعف المسلمين عنه فاما أن أوجب ذلك على نفسه فلا يمنع منه منع أبيه وإن كان واجب ذلك عليه بأصل الشرع لم يمنع منه منع أبيه والفرق بينهما أن حق أبيه قد وجب عليه فليس له أن يسقطه بنذر يلزمه نفسه وليس كذلك ما ثبت بأصل الشرع فإنه يجب بالوجه الذي وجب به حق أبيه فإذا كان آكد من حق أبيه لم يكن لهما المنع منه

(فصل) وقوله وأما الجهاز فاني أرى أن يرفعه حتى يخرج به يريد أن هذا الأفضل له لأنه مال قد نوى به البر وسببه للغزو ويستحب له أن لا يرجع عن ذلك فإن أمسكه كذلك فأت قبل الغزو به فإنه ميراث سواء أمسكه عنده أو جعله على يد غيره لأنه كصدقة نذر لها ولم ينفذها فإن أشهد بانفاذها فهو على ضربين أحدهما أن يشهد بانفاذها أن مات فهذه تكون من الثلث والثاني أن يشهد بانفاذها على كل حال فهذه تكون من رأس المال

(فصل) وقوله فإن خشي أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشتري به ما يصلحه للغزو يريد أن يكون جهازه ذلك مما يفسد ويتغير كالزاد والأطعمة وغير ذلك مما يسرع إليه الفساد فإنه يبيعه ويمسك

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا أعطى الرجل الشيء في الغزو فبلغ به رأس مغزاه فهو له * وسئل مالك عن رجل أوجب على نفسه الغزو قبض حتى إذا أراد أن يخرج منعه أبواه أو أحدهما فقال لا أرى أن يكابرهما ولكن يؤخر ذلك إلى عام آخر فأما الجهاز فاني أرى أن يرفعه حتى يخرج به فإن خشي أن يفسد باعه وأمسك ثمنه حتى يشتري به ما يصلحه للغزو فإن كان موسرا يجده مثل جهازه إذا خرج فليصنع بجهازه ماشاء

لأن الثمن يقوم مقامه فإن كان غنيا يعلم أنه يقدر على مثل ذلك أو أفضل منه إذا تيسر غزو ولم يكن له التصرف فيه إذا اعتقد أن يعوض منه مثله أو أفضل منه

﴿ جامع النفل في الغزو ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله ابن عمر قبل تجدد غزو ابلا كثيرة فكانت سهمانهم اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا ﴾ ش قوله رضي الله عنه فكانت سهمانهم يريد مبلغ سهمانهم الواقعة لهم من الغنمية اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا أشك في ذلك الراوي ويحتمل وجهين أحدهما أنه شك هل سهمانهم كانت اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا والثاني أنه شك هل كانت سهمانهم اثني عشر ونفلوا بعيرا زائد على ذلك وبلغت بالنافلة اثني عشر بعيرا غير أنه يعود من جهة هذا العدد إلى معنى واحد وقوله ونفلوا بعد ذلك بعيرا بعيرا يريد أعطوه زائد على ما وجب لهم ويحتمل أن يكون جميع ما حصل لهم اثني عشر بعيرا من جهة اللفظ غير أن قوله غنوا ابلا كثيرة يدل على أن سهام كل واحد منهم كانت هذا العدد والنافلة في كلام العرب عطية التطوع والزائدة في العطاء على الواجب وهذا يقتضي أن النفل في الخمس وذلك أنه قد سوى بينهم في النفل فنفلوا بعيرا بعيرا فلو كان النفل من الأربعة الأخماس التي لهم لما كان في ذلك فائدة لأن ذلك كان لهم لو لم ينفلوا وقسمت بينهم الأربعة الأخماس ولو كان ذلك لكان هذا الفعل لا فائدة فيه ولكن هذا اللفظ من جملة اللغو ولما أجمعنا على أنه صلى الله عليه وسلم لا يفعل مالا فائدة فيه ثبت أنه قسم عليهم الأربعة الأخماس ثم نفلهم بعد ذلك من غير ما بعير بعيرا ولا سهم يمكن أن يشار إليه ينفلوا منه غير الخمس وهذا مذهب مالك رحمه الله أن النفل لا يكون إلا من الخمس وبه قال أبو حنيفة والشافعي ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول كان الناس في الغزو إذا قسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه ﴾ ش قوله كان الناس إذا قسموا غنائمهم يريد الصعابة وفي هذا خمسة أبواب ﴿ أحدها في موضع قسمة الغنمية ﴾ والثاني في من يقسمها ﴾ والثالث فيما يقسم منها ﴾ والرابع في من يسهم له منها ﴾ والخامس في صفة قسمتها

﴿ الباب الأول في موضع قسمتها ﴾

هو من بلد الحرب بحيث لا يمنع من ذلك مخافة أو عدم قوت يحتاج إليه لامن المقام بسبب التقاسم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقسم في بلاد المسلمين إلا أن يحتاج الجيش إلى ثياب أو ما أشبه ذلك فيقسم ذلك بينهم ويبقى الباقي يقسم في دار الإسلام فإن قسم الجميع بدار الحرب مضى الحكم بذلك ولا ينقض والدليل على ما نقوله ما روى الأوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم غنمية قط إلا في دار الشرك فنهأ غنمية بني المصطلق قسمها على مياهم وقسم غنمية هوازن في دارهم وقسم غنمية خيبر بخيبر وهم مشركون ثم لم يزل الناس من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى زمن عمر وعثمان والخلفاء كلهم وجيوشهم في البر والبحر ما قسموا غنمية قط إلا حيث غنوها وهذا معروف عند أهل السير والمغازي فإن قيل أفأقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غنائم بني المصطلق في مياهم وهووازن في دارهم لأنها كانت دار إسلام يدل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث الوليد بن عقبة مصداقهم فعملهم أنهم كانوا مسلمين فالجواب أن هذا غير صحيح لأنهم لم يكونوا

﴿ جامع النفل في الغزو ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل تجدد غزو ابلا كثيرة فكانت سهمانهم اثني عشر بعيرا أو أحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا ﴾ وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول كان الناس في الغزو إذا قسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه

مسلمين وقت الغنجة ولو كانوا مسلمين ما قسم غنائمهم والنبي صلى الله عليه وسلم غنم بني المصطلق سنة
خمس وأسموا سنة عشر وفي سنة عشر بعث اليهم الوليد بن عقبة مصداقاً ودليلاً من جهة القياس
أن كل مكان جازت فيه قسمة الثياب إذا احتجج اليافانه بجوز قسمة سائر الغنائم كدار الاسلام
وهذا إذا كان الغنائم جيشاً فإن كان سرية من الجيش فلا يقسم حتى يعود إلى الجيش قاله ابن
المواز وذكر أنه قول أصحابنا لا عبد الملك بن المأجشون فإنه قال إلا أن يخشى من ذلك في السرية
مضرة من تضييع مبادرة الانصراف وطرح أثقال وقلة طاعة وإلى السرية فتباع الغنجة ويلزم كل
مبتاع حفظ ما يتابعه ويلزم البيع من غاب من أهل الجيش فوجه ما قاله ابن المواز أن القسمة
لا تصح إلا بعد الرجوع إلى الجيش لأن أنصاءهم في غنجة السرية وإلى السرية لا يلزم أهل الجيش
حكمه فيقسم عليهم ويبيع ما لهم وانما يلزمهم حكم أميرهم

﴿ (١) الباب الثاني في بيان من اليه قسمة الغنجة ﴾

﴿ الباب الثالث في بيان ما يقسم من الغنجة وتمييزه مما لا يقسم ﴾

الاصل في ذلك أن ما كان منها مباحاً لكل واحد من الجيش أخذه من بلاد العدو والاستبداد به وهو
على ضربين أحدهما أن يكون مملوكاً في الاصل ولكنه يباح للانتفاع به للغذاء والقوة وسأني بيانه
والثاني ما كان على حكم الاصل لمن يملك بعده وهو ينقسم إلى قسمين أحدهما لا يترك أكثره
ويتمول جميع ما يوجد منه لنفسه كالجواهر والياقوت والعنبر فإن هذا قياسه على مذهب
أصحابنا أنه في كله ما ذكرناه كالنساء والصبيان (مسئلة) والقسم الثاني أن يؤخذ من الجيش
بعضه ويترك أكثره كالصيد والخشب والحجارة يستحب منها ما يحتاج اليه من سرج أو رخامة
أو مسن أو ثياب أو قتب فأما ما كان منه له قيمة بأرض العدو وخفة جملة وكثرة قيمته كاللبازي والصقر
فالذي عليه جمهور أصحابنا أنه يكون فينا وحكاة ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن له قيمة كثيرة
بموضع الاستيلاء عليه فوجب أن يكون فينا كسائر ما يقسم وأما ما لم يكن له ببلد العدو الا القيمة
اليسيرة فروى أشهب عن مالك في العتية أنه قيل له بأرض العدو أشجار لها ثمن كثير ببلاد الاسلام
وحملها خفيف وشأنها ببلاد العدو يسير قال لا بأس بأخذ هذا وأجاب أخذه للبيع ولو جاء به إلى
صاحب المقاسم لم يقبله ولم يقسمه وروى ابن حبيب عن ابن القاسم أنه إذا كان مما يؤكل من
حياتان أو صيد فأكل كل منه فهو له وما باعه كان ثمنه فينا وكذلك ما حمل إلى أهله فباعه الا اليسير الذي
يفضل عنه وروى ابن المواز عنه أن ما عمل من الخشب والحجارة من سرج وكتب وعصى رماح وما
يحتاج اليه فهو له وإن فضل منه يسير كان له وأما ما كثر مما يقصد به التمول فهو في وجه قول مالك أن
هذا مباح الاصل لا قيمة له ببلد الحرب وانما معظم ثمنه الصناعة وهي ملك لصاحبها أو الحمل وهو ملك
لحامله فوجب أن لا يكون فينا كالأدخول معه عوداً أو حجر اقتضته في بلاد الحرب لكان له
دون جميع الجيش ووجه ما ذهب اليه ابن القاسم أن هذا مما وصل اليه بجماعة المسلمين فلم يكن له
دونهم الا سائر الغنائم (مسئلة) وأما ما كان مملوكاً في الاصل فليس لأحد من أهل الجيش الاستبداد
به كالفريق والثياب والمتاع فهو في كله قليله وكثيره ما مكن إخراجهم ونقله فإن عجز عن ذلك
وتركه الامام أو أراد إراقه فأتى من أخذه فروى ابن المواز عن مالك أنه لو كان دون الجيش ولا خمس
فيه وقال أشهب ليس لمن أخذه وهو كرجل من الجيش فيه ووجه قول مالك أن طرح الامام له حكم
بازالة ملك الجيش عنه وقطعاً لحقهم منه وانتفاع الحامل له أو لى من تركه ولو شاركه فيه غيره لأدى ذلك

(١) بياض هكذا في
النسخ المعول عليها يدينا

الى أن يتركه ووجه قول أشهب أن أهل الجيش قد ملكوه بالغنجة فلا يزول ملكهم عنه بالعجز عن حمله كما لو كان ذلك في بلاد المسلمين

﴿ الباب الرابع في بيان من له حق وسيأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى ﴾

﴿ الباب الخامس في بيان قسم الغنمة ﴾

قال ابن الموازي أن رأي الامام الأفضل في أن يقسمها خمسة أقسام بالسوية بأن يجعلها خمسة أنصاء في كل سهم صنف وكذلك النساء والصبيان والابل حتى تعدل ثم يسهم بينها ويكتب في سهم منها الخمس لله أو رسول الله حيث خرج ذلك السهم كان الخمس وكانت الأربعة الأخماس للجيش وإن رأى أن يبيع الجميع ثم يقسم الأثمان فذلك له وحكى ابن سحنون عن أبيه بيع الامام ثم يقسم الأثمان وإن لم يجد من يشتريه قسم العروض خمسة أجزاء بالقرعة ﴿ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندى من فعل النبي صلى الله عليه وسلم قسمه ذلك دون بيع وعلى ذلك ورد حديث عبد الله بن عمر في السرية التي توجهت قبل نجد فبلغت سهمانهم اثني عشر بعيراً أو أحد عشر بعيراً إلا أنه تحفل أن ذلك البيع بعذر وقوله في حديث سعيد بن المسيب كان الناس إذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه وهذا يقتضى تكرار فعل الصحابة له ولا يعلم مخالف فيه فثبت أنه اجتمع ومن جهة المعنى أن حقهم متعلق بالعين فليس له أن يبيع عليهم إلا الحاجة داعية الى ذلك

(فصل) وقوله كانوا إذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه يحفل أن تكون تلك كانت قيمتها يومئذ وكذلك يجب أن يفعل الامام إذا اختلفت أجناس الغنمة واختار القسمة واحتاج إليها أن يعدل بينها بالقيمة ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول في الأجير في الغزو انه ان شهد القتال وكان مع الناس عند القتال وكان حرافه سهمه وان لم يفعل ذلك فلا سهم له ﴾ ش وهذا كما قال ان الأجير لا سهم له اذا لم يشهد القتال لانه قد أخذ عوضا على دخوله الى بلد الحرب ممن استأجره على ذلك فلا يستحق بذلك غنمة لان ذلك منافعه مستحقة عليه غيره كالعبد

(فصل) وقوله فان شهد القتال وكان مع الناس عند القتال يريد انه كان مع المقاتلة لأن يكون في جملة الجيش فان كان في المعترك موضع القتال وكان من جملة المقاتلين استحق حصته من الغنمة لان القتال لم يأخذ له عوضا ولا يستحق ذلك عليه غيره فاستحق به سهم من الغنمة وسقط عنه من الاجارة بقدر ما اشتغل عنه من الخدمة قال سحنون فهذا المشهور من المذهب وقد روى أشهب عن مالك لا يسهم للأجير وان قاتل ووجه ذلك انه ممن لا يسهم له مع الحضور اذا لم يقاتل فانه لا يسهم له وان قاتل كالعبد والأصل في هذه المسئلة على المشهور من المذهب ان الغنمة انما تجب للجهاد والقتال والتعاون على الظهور على العدو فمن دخل أرض العدو ولم يظهر غرضا غيره ولا مقصدا سواه كان وقوفه في الجيش ومقامه في العسكر يقوم مقام القتال لانه لم يدخل لغيره فاما أن يقاتل أو يحفظ المقاتل أو يكثر السواد ومن أظهر غرضا غيره في تجارة أو اجارة أو صناعة فلاحق له لان حضوره لم يكن معونة ولا جهادا فان قاتل ثبتت حقه في الغنمة لان المقصود من الغزو والجهاد قد وجد منه وليس اكتسابه في طريقه وانتفاعه بعمله مما يبطل جهاده اذا وجد مقصوده منه كالحاج يتجر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يستحق الغنمة بما ذكرناه من انه تثبت له صفات الكمال وهي ست صفات العقل والاسلام والبلوغ والذكورة والحرية والصحة فأما العقل فان كان معه منه ما يمكنه به القتال أسهم له لان مقصود الجهاد يصح منه فان كان مطبقا لا يتأتى منه

﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول في الأجير في الغزو انه ان كان شهد القتال وكان مع الناس عند القتال وكان حرافه سهمه وان لم يفعل ذلك فلا سهم له ﴾

القتال لم يسهم له وأما الاسلام فهو شرط في استحقاق السهم لان من ليس بمسلم لا يقاتل جهادا وليس حضوره بجهاد ولا نصرة للاسلام لان معنى الجهاد أن يقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والمشارك لا يقاتل لذلك ولانه ممن يلزم أن يقاتل عنه وتمنع الاستعانة به في الحرب وان استعين به في الأعمال والصنائع والخدمة والأصل في ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في غزوة غزاه حتى كان بكندا وكذا لحقه رجل من المشركين كان شديدا ففر حوا به قال يا رسول الله جئت لأكون معك وأصيب قال انا لانستعين بمشرك قال ذلك ثلاث مرات فأسلم في الرابعة فانطلق معه فاذا كان الأمر على ذلك فلا يسهم له وأما البلوغ فهل يكون شرطا في استحقاق السهم من الغنيمة أم لا قال مالك لا يكون البلوغ شرطا في استحقاق السهم ويسهم للرأى إذا أطاق القتال وقال أبو حنيفة والشافعي لا يسهم الا للبالغ وقال ابن حبيب من بلغ خمس عشرة سنة وأبنت وأطاق القتال فانه يسهم له اذا حضر القتال وان لم يقاتل ومن كان دون ذلك فلا يسهم له حتى يقاتل والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك انه حر مسلم ذكر وجد منه القتال ومكابد العدو فوجب أن يسهم له كالبالغ وأما الذكورة فانها شرط في استحقاق السهم عند جمهور أصحابنا ولا يسهم لامرأة نلت أم لم تقاتل وقال ابن حبيب من قاتل من النساء كقتال الرجال فانه يسهم لها والدليل على ما نقله ان هذا جنس لا يعدل للقتال فلم يسهم له كالعبد ووجه ما قاله ابن حبيب ما احتج به من ان هذا حكم ثبت للرجال بالحضور فوجب أن يثبت للنساء بالمقاتلة كاستحقاق القتل (مسئلة) وأما الحرية فهي شرط في استحقاق الغنيمة فلا يسهم لعبد لان منافعه مستحقة لغيره استحقاقا عاما ولان العبد من جملة الأموال التي تحمي ويقاتل عنها فلا يستحق سهما بقتال ولا غيره (مسئلة) وأما الصحة فان كان معنى يمنع القدرة على القتال في الحال والمآل فانه يمنع استحقاق السهم من الغنيمة والممنوع من ذلك فانه لا يمنع السهم لاننا قد دللنا على أن سهم الغنيمة انما يستحق بالاعداد لا بالافعة والقتال (مسئلة) اذا ثبت ذلك فاغنه من لا يسهم لهم ولم يخالطهم غيرهم وغفوا فانهم على ضربين أحدهما أن ينفردوا أو يكون معهم ممن يسهم له العدد اليسير يكون تبعاهم والثاني أن يكون معظم العدد ممن يسهم له فاما اذا انفردوا أو كان معظم العدد لهم فانه تدفع اليهم الغنيمة وتقسيم بينهم ان كانوا مسلمين وان كانوا كفارا أسلم اليهم وقسمه بينهم أساقفتهم الا أن يحكموا بينهم مساماة فيقسم بينهم ذلك على سنة المسلمين وأما ان كانوا معظم أهل المغنم فلا يخلو أن يدخل غيرهم معهم باذن الامام أو بغير اذنه فان دخلوا بغير اذنه فلا يسهم لهم والغنيمة لسائر الجيش دونهم وان أذن لهم فبئس ما فعل وهل يسهم لهم أم لا قال ابن حبيب اذا أذن الامام لقوم من أهل الذمة في الغزوة سهم بينهم وبين المسلمين وقال سحنون لا يسهم لأهل الذمة اذا كانوا تبعاء وان رأى الامام أن يرضخهم فعل وجه قول ابن حبيب ان الامام قد أذن لهم في الغزو فلهم حقهم من الغنيمة لانهم على ذلك دخلوا ووجه قول سحنون أنهم تبع للمسلمين فلا يحكم لغزوهم وليس للامام أن يأذن لهم في أخذ سهام المسلمين فان كان وعدهم بعتاء فليكن ذلك من الخس لان هذه الغنيمة انما سلت بالمسلمين وهم المدافعون عنها فلا اعتبار بمن شهدا معهم من غيرهم وهذا فيما أخذ على وجه الاعلان والمدافعة فأما ما أخذ على وجه السرقة والتلصص فان حكم أهل الاسلام وغيرهم في ذلك سواء يأخذ كل واحد منهم حصته لانهم لم يأخذوها على وجه المدافعة والمغالبة فيكون المسلم أحق بهامن الذمى والحر أولى بهامن العبد وأما ما أخذ على وجه التلصص والسرقة فقد استواء في

أمره فكان بينهم على السواء ص * قال وسمعت مالكا يقول أرى أن لا يقسم إلا من شهد القتال من الأحرار * ش وهذا كما قال أنه لا يسهم إلا من شهد القتال ومن لم يشهده لم يسهم له فن جاء بعد القتال وأحرار السهم لم يسهم له وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة من جاء بعد تقضى القتال وأحرار الغنمة وقبل الخروج من دار الحرب فله سهمه ومن جاء بعد الخروج من دار الحرب فلا سهم له (مسئلة) إذا ثبت ذلك فحري بمن ذهب مالك في هذه المسئلة أن وجد منه الخروج من منزله إلى الغزو فقد وجد منه الشروع في العمل فن لم يوجد منه اختيار الرجوع عن الغرض المقصود من الغزو وهو القتال أو حضوره فحكمه حكم الدخول إلى أرض الحرب ولا اعتبار بما قبل ذلك ومتى وجد منه الدخول إلى أرض الحرب فلا يخرج منه عن ذلك ولا يمنع السهم هو ولا غيره إلا الرجوع إلى أرض الإسلام باختياره وأما الرجوع على وجه الغلبة فقد روى ابن المواز عنه أن ذلك لا يخرج عن أهل السهم وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في صفة حضور القتال * والباب الثاني فيما يستحق من الغنمة بحضور القتال * والباب الثالث في المعاني التي تمنع الغنمة وتميزها من المعاني التي لا تمنعها * والباب الرابع فيما ثبت به المعاني التي لا تمنع الغنمة

* الباب الأول في صفة حضور القتال على المشهور من قول مالك *

فإن لم يحضر القتال بأن يكون في الجيش وقته وان لم يقاتل أو يكون في حكم من حضره وهل يكون التقاء الجعين دون مناشبة الحرب بمنزلة القتال قال سحنون إذا قامت الصفوف مناوهم ولم ينشب القتال فلا سهم لمن مات حينئذ وروى ابن المواز نحوه عن مالك وإنما السهم لمن مات بعد مناشبة القتال فحضور القتال عنده انما هو حضور المناشبة لا حضور المواجهة والمواجهة وقال ابن حبيب سمعت أن أصحاب مالك قالوا إن مشاهدة القرية أو الحصن أو العسكر كالقتال وإن لم يكن قتال وجه رواية ابن المواز ما روى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما قالانما الغنمة لمن شهد الواقعة ولا يخالف لهما مع انتشار أقوالهما فثبت أنه اجماع واسم الواقعة انما ينطلق في عرف الاستعمال على الحرب دون غيرها من المواجهة والمقابلة والرؤية ومن جهة المعنى ان المقصود من الغزو والقتال وبه يتوصل إلى غلبة العدو وأحرار الغنمة فوجب أن يكون الاعتبار به دون غيره

* الباب الثاني فيما أحرز من الغنمة *

أما ما أحرز من الغنمة فإنه على ضربين أحدهما ما أحرز بالقتال فإن من حضر القتال يستحق فيه سهمه إذا كان مسندا إلى القتال وكان القتال سببا له مثل أن ينزل حصن فيناشب قتاله فيموت رجل منهم ثم يتصل قتاله فيفتح بعد أيام فإن للميت فيه سهمه والضرب الثاني ما أحرز بغير قتال أو أحرز قبل القتال فإنه لا يستحق فيه سهمه إلا بحضور أحراره عند مالك رحمه الله لأن الأحرار انما يعتبر بالقتال إذا كان مسندا إليه فإذا لم يكن ثم قتال يكون سببا له اعتبر بنفسه

* الباب الثالث فيما يمنع استحقاق الغنمة *

وأما ما يمنع استحقاق الغنمة بعد الخروج في الجيش فهو على ضربين أحدهما أن تطرأ عليه قبل القتال حالة مؤثرة في المنع من الغنمة لمن حضرها وقد تقدم ذكرها ونحن نزيد الآن فيها ذكر الموت لأنه يذهب بالصفات كلها وينزع وجود الغازي فإذا كان لا يسهم للطبق بالجنون وهو موجود فبان لا يسهم للميت أولى وكذلك للكفر إذا طرأ عليه فإنه يمنع السهم ويبقى سهمه فيما استحقه قبل كفره باق على حكم مال المرتد (مسئلة) وكذلك الجنون إذا كان مطبقا يمنع القتال فإنه يمنع السهم

* قال وسمعت مالكا يقول وأرى أن لا يقسم إلا من شهد القتال من الأحرار

فيا أخنعه وقيل حضوره ولا يمنع من سهمه فبأخذ قبل ذلك لانه معنى يزيل التكليف كالموت
 قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأصل في ذلك عندي ان ما كان من الامراض التي يرجى
 برؤها كالجذام والدموما أشبه ذلك فاتها لا يمنع السهم وما كان لا يرجى برؤه وينع القتال كالجنون
 فانه يمنع السهم في المستقبل ولا يمنع ما قد استحق منه قبل حدوثه (مسئلة) وأما الضرب الثاني
 فان يغيب قبل القتال عن الجيش باختياره دون اذن الامام فهذا لا يسهم له لانه لم يحضر الواقعة على
 الوجه المذكور (مسئلة) وهذا فيما استحق بالقتال فاما ما استحق بالاحراز فاما راي فيه التغيب
 عند الاحراز على حسب ما تقدم ومثل هذا ما يقوت به القادم الغنيمة باللاحق بالجيش أو الذي
 يسلم أو العبد يفتق أو الأسير يطلق فهذا يسهم له في المستقبل دون الماضي ولا تنوته الغنيمة بعد
 القتال بل لا يحضر القتال اذا حضر احرازها وأخذها فيصير القتال فيستحق الغنيمة بحضوره من
 لم يشاهد احرازها ولا يقوت بقواته من شاهد احرازها

﴿ الباب الرابع فيما ثبت به المعاني المؤثرة في منع الغنيمة ﴾

وأما ما ثبت به المعاني المؤثرة في الغنيمة فان ذلك على ضربين أحدهما أن يدعى على الغازي أمر
 فيقر به ويُدعى العرفيه والثاني أن ينكره جملة فاما الضرب الاول فمثل أن يقر بالرجوع
 ويدعى انه رجوع مغلوب أو ضال فان ذلك على قسمين أحدهما أن يدعى من الاعذار ماله امارات من
 ريجردت مريبا كان فيه أو مخافة غرر طريق أو مرض أو تخلف دابة ومنه ما لا تكون له اماره
 كالضلال ونحوه فما كانت له اماره يستدل بها فاذا ثبتت اماره عذره قبل قوله ومالم تكن له اماره
 وكل الى امارته وقبل عنده (مسئلة) وأما اذا أنكر التخلف جملة فانه مدعى عليه التخلف بعد الاقرار له
 بالغزو والكون في جملة الجيش فلا يثبت تخلفه بقول أحد من يشاركه في الغنيمة لانه جار الى نفسه
 نفعوا هل يقبل قول الامير في ذلك أم لا روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم لا تقبل شهادة الامير
 وروى ابن سمعون عن أبيه انه ليست بشهادة ويقبل قول الامير وجه قول ابن القاسم ان هذا
 الامير له شركه في المقيم فلم تقبل فيه شهادته كسائر الجيش ووجه قول سمعون ان هذه ليست بشهادة
 وانما هو حكم ويجوز له أن يحكم بعله فيما الضرورة اليه كعرفته بأعيان الشهود

﴿ ما لا يجب فيه الخمس ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فبين وجد من العدو على ساحل البحر بأرض المسلمين فرعوا
 انهم تجار وان البحر لفظهم ولا يعرف المسلمون تصديق ذلك ولا أن مرا كهم تكسرت أو عطشوا
 قتلوا بغير اذن المسلمين أرى أن ذلك الى الامام يرى فيهم رأيه ولا أرى لمن أخذهم فيهم خسا ش
 وهنا كما قال ان العدو اذا وجد بساحل المسلمين قد نزلوا دون اذن أحد من المسلمين أو لفظهم البحر
 فادعوا انهم أتوا للتجارة فان لم يعلم صدق قولهم فهم فيء ولو علم صدقهم لم يعرض لهم ووجب تركهم على
 ما نزلوا عليه أو يردون الى ما أمنهم وفي هذا بابان أحدهما في بيان حكمهم والثاني في بيان حكم ما وجد
 معهم من المال

﴿ الباب الاول في بيان حكمهم ﴾

قال مالك ان بان صدقهم لم يعرض لهم والارأى الامام فيهم رأيه وروى ابن حبيب عن غير واحد من
 أصحاب مالك عن مالك انهم وما معهم فيء ولا يقبل قولهم وان كانت معهم التجارات مثل الجوز واللوز

﴿ ما لا يجب فيه الخمس ﴾

﴿ قال مالك فبين وجد

من العدو على ساحل البحر

بأرض المسلمين فرعوا

انهم تجار وأن البحر

لفظهم ولا يعرف المسلمون

تصديق ذلك ولا أن

مرا كهم تكسرت أو

عطشوا قتلوا بغير اذن

المسلمين أرى أن ذلك

للإمام يرى فيهم رأيه ولا

أرى لمن أخذهم فيهم

خسا

وغير ذلك وليسوا على جهة حرب فهم أهل حرب أبا حتى يؤمنوا إلا أن يكونوا تعودوا الأمان على الاختلاف بالتجارة قبل هذا فهم على الأمان فوجه القول الأول أنه إذا عرف صدقهم في أنهم تجار فهم مستأمنون يلزم بذلك الأمان لهم أو ردهم إلى ما منهم ووجه رواية ابن حبيب أنهم أهل حرب فلا أمان لهم ومتى غلبوا وظفر بهم قبل بذلك الأمان لهم فهم فيء وأما من اعتاد الاختلاف للتجارة إلى بلد المسلمين على أمان فقد تقدم الأمان له على هذا الوجه فهو على ذلك (فرع) إذا قلنا أنهم لا يسترقون إذا عرف صدقهم فإن الذي يعرف به صدقهم قد ذكره ابن المواز عن عبد الملك بن الماجشون ولا يكاد يخفى أمرهم فإن المركب يوجد فيه العدد من المقاتلة والكثير من السلاح والمركب الكبير ليس فيه الكثير من المقاتلة ولا الكثير من السلاح وإن كان فيه بعض المقاتلة وبعض السلاح لانهم يدعون عن أنفسهم فليقبل قولهم في مثل هذا أنهم جاؤا للتجارة وذكر في موضع آخر في السفن تنزل بموضع ومعهم التجارات والسلاح أنه ينظر إلى قلتهم وكثرتهم وضعف الموضع الذي نزولوا به وقوته وما معهم من السلاح والامتنعة والتجارات فجعل هذه كلها من العلامات التي يستدل بها على صدقهم أو كذبهم وهذا على ما قال لأن مرأكب المحاربين غير مرأكب التجار وعددهم في الكثرة غير عدد التجار وليس معهم من التجارات ماله كبير معنى والتجار معظم ما معهم التجارات وصفة مرأكب المحاربين غير صفة مرأكب التجار فهذا كله يستدل به على صدقهم أو كذبهم وعلى حسب ذلك يكون حكمهم وبالله التوفيق

﴿ الباب الثاني في بيان حكم ما وجد معهم من المال ﴾

أما ما وجد معهم من أموالهم فإنه على ثلاثة أضرب أحدها أن يكون الاختلاف من بلادهم ممن يتصرف في بلادهم غير مغالب لهم كالأسير الذي قد ملكوه وصار بأيديهم أو دخل اليهم بأمان فأخذ شيئاً من أموالهم وخرج بها فإن جمعه له ولاخس فيه لأن هذا بمنزلة المستأمن يأخذ شيئاً من أموالهم ويخرج به لينافاه له والضرب الثاني ما أخذ منهم على وجه المغالبة لهم بموضع يمكن خلاصهم منه فإن ذلك في لمن أخذه وفيه الخس والضرب الثالث ما أخذ من أموالهم ورقابهم بموضع لا ترجى فيه نجاتهم كأن كان بتكسر مرأكبهم فإنه لاخس فيه ولا هولن أخذه وانما اللام أن يصرفه فيما رآه من مصالح المسلمين وهذا حكم رقابهم وما كان معهم من أموالهم في هذا الضرب فأما إذا انفردت أموالهم ووجدت من باب بلاد المسلمين على هذا الوجه فقد قال ابن المواز هولن وجده ولا تخمس عروضه ويخمس ما فيه من ذهب أو ورق ورواه أشهب عن مالك ووجه ذلك أنه بمنزلة الكنز من أموال العدو ولأنه ليس معه من تقدم له عليه ملك فأما الذهب والورق فيخذه سان على ما ذكر عن مالك في كنز الذهب والورق وأما العروض فقال ها هنا لا تخمس وقد اختلف الرواة عنه في كثير العروض فقال مرة لا تخمس وقال مرة تخمس فعلى هذا يجب أن يكون الجواب في هذه المسئلة على الرويتين (فرع) إذا ثبت ذلك فما وجد في هذه المرأكب من الرقيق ولم يصدقوا في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم يرى فيه الإمام رأي من أسراً وبيع أو فداء ولم يذكر القتل وقال في العلج يوجد ببلاد المسلمين بعد طول مقامها فاما ظفر به قال جئت لأقيم أماناً في بلاد المسلمين فإن الإمام يرى فيه رأي وهو فيء ولا يقتل إلا أن يتهم بالتجسس فيقتل وقال ابن الماجشون في المرأكب التي يكون فيها العدو وتتكسر ببلاد المسلمين فيدعون أنهم جاؤا لتجار فيظهر من كثرة عددهم وكثرة مقاتلتهم وقلة تجارتهم أنهم كاذبون فأنهم وما معهم فيء وتقتل مقاتلتهم على هذا

﴿ ما يجوز للمسلمين أكله قبل الخس ﴾

﴿ ما يجوز للمسلمين

أكله قبل الخس ﴾

قال وسعت مالكا يقول
لا أرى بأساً أن يأكل
المسلمون إذا دخلوا
أرض العدو من طعامهم
ما وجدوا من ذلك كله
قبل أن تقع المقاسم قال
مالك وإنما أرى الإبل
والبقرة والغنم بمنزلة
الطعام يأكل منه
المسلمون إذا دخلوا
أرض العدو كما يأكلون
من الطعام ولو أن ذلك
لا يؤكل حتى يحضر
الناس المقاسم ويقسم
بينهم أضرم ذلك بالجيش
فلا أرى بأساً بما يأكل
من ذلك كله على وجه
المعروف والحاجة إليه ولا
أرى أن يدخر أحد من
ذلك شيئاً يرجع به إلى أهله
﴿ وسئل مالك عن الرجل
يصيب الطعام في أرض
العدو فيأكل منه ويتزود
فيفضل منه شيء أيسر له
أن يحبسها فيأكله في أهله
أو يبيعه قبل أن يقدم
بلاده فينتفع بفنائه قال مالك
إن باعه وهو في الغزو فإني
أرى أن يجعل ثمنه في
غنائم المسلمين وإن بلغ
به بلده فلا أرى بأساً أن
يأكله وينتفع به إذا كان
يسيراً فافها

ص ﴿ قال مالك لا أرى بأساً أن يأكل المسلمون إذا دخلوا أرض العدو من طعامهم ما وجدوا من ذلك كله قبل أن تقع المقاسم قال مالك وإنما أرى الإبل والبقرة والغنم بمنزلة الطعام يأكل منه المسلمون إذا دخلوا أرض العدو كما يأكلون من الطعام قال يحيى قال مالك ولو أن ذلك لا يؤكل حتى يحضر الناس المقاسم ويقسم بينهم أضرم ذلك بالجيش قال يحيى قال مالك فلا أرى بأساً بما يأكل من ذلك كله على وجه المعروف والحاجة إليه ولا أرى أن يدخر أحد من ذلك شيئاً يرجع به إلى أهله ﴾ ش وهذا كما قال وقد تقدم من قولنا إن ما ينتفع به في أرض العدو مما عندهم على ضربين مباح وغير مباح وقد تقدم القول فيه والثاني أصله الملك ولكنه أبيع الانتفاع به للغذاء والقوة وذلك كل مطعوم من أموال الروم وجسد المسلمون في بلادهم فإن لم يكن وجده أكله في دار الحرب ويعلفه دوابه ولا يحتاج في استباحته إلى قسم ولا إذن الإمام وإنما يكون الآخذ له أحق لحاجته منه وما فضل منه عنه أعطاه من احتاج إليه من الغازين فإن لم يجد محتاجاً إليه رفعه إلى صاحب المغنم والأصل في ذلك ما روى عن ابن عمر أنه قال كنا نصيب العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه (مسألة) وأما الحيوان المباح أكله كالبقرة والغنم والإبل فإنها في ذلك بمنزلة الطعام عند مالك وقال الشافعي لا يذبح شيء من ذلك إلا لضرورة إذا عديموا الطعام والدليل على ما نقوله أن الحاجة إلى أكلها والاحتياج بها أشد من الحاجة إلى العسل والعنب فإذا جاز أكل العسل والعنب فبأن يجوز الاقتيات بلحوم الغنم والبقرة أولى وأحرى

(فصل) قوله فلا أرى بأساً بما يأكل من ذلك على وجه المعروف والحاجة إليه يريد أن الذي أبيع له من ذلك كله على وجه جرت العادة بأكله وأما ذبح الحيوان وإتلافه أو ذبح الكثير منه الذي يكفي يسيره ويخرج فيه عن حد الاقتيات البالغ إلى حد الفساد والانتهاب والتبذير فإن ذلك ممنوع إلا أن يريد إفساده إذا لم يقدر وأعلى العدو إذا لم يطيقوا انتقله

(فصل) وقوله ولا أرى أن يدخر أحد من ذلك شيئاً يرجع به إلى أهله يريد ماله من ذلك بالقيمة وإنما أن يأكل كل منه حتى ينصرف فإن فضل منه شيء تصدق به الآن يكون التافه اليسير كالقديد والكعك مما يبل ثمنه (مسألة) وأما ما أخذ من ذلك للقوة والاستعداد كالفرس والسلاح والثوب ينتفع به حتى ينقضي غزوه فهذا يختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاسم له أن يأخذ ذلك من احتاج إليه بغير إذن الإمام وينتفع به حتى ينقضي غزوه وروى على بن زياد وابن وهب ليس له أن يأخذ شيئاً من ذلك ولا ينتفع به وجه ما قاله ابن القاسم أن هذا مما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به فجاز أن ينتفع به من أخذه دون قسمة كالطعام ووجه الرواية الثانية أن هذا مما ينتفع به مع بقاء عينه وله قيمة فلم يكن لأحد من القامنين الانفراد به كالذهب والورق والخلي والوطاء ص ﴿ سئل مالك عن رجل يصيب الطعام في أرض العدو فيأكل كل منه ويتزود فيفضل منه شيء أيسر له أن يحبسها فيأكله في أهله أو يبيعه قبل أن يقدم بلاده فينتفع بفنائه فقال مالك إن باعه وهو في الغزو فإني أرى أن يجعل ثمنه في غنائم المسلمين وإن بلغ به إلى بلده فلا أرى بأساً أن يأكله وينتفع به إذا كان يسيراً فافها ش وهذا كما قال أنه إن باع شيئاً مما فضل عنه من الطعام أو ما لم يفضل منه وكان محتاجاً إليه فأراد يبيعه من تجار معه فإنه على ضربين أحدهما أن يرغب في بيعه رغبة في ثمنه واختصاصه به فإن ذلك غير مباح له

لأنه إنما أبيع له أكله والاتقاع به وأما بيعه وأخذ ثمنه فغير جائز ووجه ذلك أنه لا يملكه قبل الأكل
والذلك لو أقرضه أحد من الغازين أو باعه منه بنسيئة لم يلزم المبتاع أن يقضيه الثمن ولا المقرض أن
يوفيه القرض (مسئلة) وأما أن باعه لحاجة أن يصرف ثمنه فيما يحتاج اليه من السلاح واللباس
فقد قال ابن سحنون عن بعض أصحابنا لا بأس بذلك لأن له أن يأخذ هذا من المغنم إذا وجد فيه فاذالم
يجده وأمكنه أن يأخذ من المغنم ما أبيع له أخذه ليتوصل به اليه فإن له ذلك كالأول بدل طعام لا يحتاج
اليه في طعام محتاج اليه وهذا يقتضي أنه يجوز أن يبتاع به طعاما وقد قال ابن حبيب هو مكروه لأنه إذا
صار ثمننا وجب أن يرجع مغنا وهذا يقتضي أنه لا يجوز أن يبتاع به طعاما وأنه متى صار ثمننا وجب أن
يرجع مغنا كالأول أخذ ديناراً أو درهما فإنه لا يجوز له أن ينفرد به

✽ ما يرد قبل أن يقع القسم مما أصاب العدو ✽

ص ✽ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر أبق وأن فرسالة عارفا صاحبها المشركون ثم غنمها
المسلمون فردا على عبد الله بن عمر وذلك قبل أن تصيبها المقاسم ✽ ش قوله أن عبدا لعبد الله
ابن عمر أبق يريد ذهب وان فرسالة عار يريد أيضا ذهب قال أبو عبد الله البخاري عار الفرس مشتق
من العير وهو حمار الوحش يريد أنه فعل مثل فعله في النفار والفرار وقال ابن دريد في جهرته عار
الفرس يعير عيرا إذا انطلق من مريضه فذهب على وجهه وكذلك البعير وقوله فأصابها المشركون
يريد صار ذلك بأيديهم وفي قبضتهم وحيازتهم ثم غنمها بعد ذلك المسلمون فردا على عبد الله بن عمر
يريد أنه ما ردا إلى ملكه لما علم أنهم ماله قبل أن تصيبها المقاسم يريد مقاسم الغنائم من أهل الجيش
وهذا حكم ما أصاب المشركون من أموال المسلمين ثم غنمها المسلمون ففرقه صاحبه قبل أن يقسم وفي
هذه ثلاث مسائل أحدها أن يعرف صاحبه والثانية أن يعرف أنه مسلم ولا تعرف عينه والثالثة
أن لا يعرف شيء من ذلك فأما أن عرف صاحبه وكان حاضرا فإنه يدفع اليه لحديث عبد الله بن عمر
ولأنه باق على ملكه لم يزل عنه بتجدد ملك عليه (فرع) فإن كان صاحبه غائبا معروفا بغيره فإنه
يوقفه قاله سحنون وقال ابن المواز ينظر الامام في ذلك للغائب فإن رأى أن ينفذه اليه وتكون
عليه النفقة والاجرة فعل وإن رأى أن يبيعه عليه ويوقفه الثمن فعل وروى ابن وهب عن مالك
أن عرف صاحبه ولم يستطع تسليمه اليه قسم وجه القول الاول أنه باق على ملكه لم تقفه القسمة
فوجب أن لا يفوت عليه بالقسمة كالأول كان حاضرا ووجه القول الثاني أنه لو كان حاضرا لم يتقرر
ملكه عليه إلا أن يدفعه فإذا كان غائبا وكان ثم من يستحقه لم يحكم له به كالأول كان في يد مالك معين
(مسئلة) فإن عرف أنه مسلم ولم تعرف عينه فالذي عليه جهورا أصحابنا أنه يقسم بين الغانمين ولا
يكون له إذا قدم الأباثمن بمنزلة ما لم يعرف أنه مسلم وقال القاضي أبو محمد أن علم أنه مسلم لم يجوز
للجيش تملكه وقسمته ولزم تركه إلى أن يأتي ربه وجه القول الاول أنه في أيدي الغانمين مستحقين له
فلا يخرج عن أيديهم إلا بأن يستحقه معين بدعيه ووجه الرواية الثانية أن الغانمين لا يدعون ملكه
الامن جهة الغنيمه وقد ثبت لهم مالك تقدم ملكه فكان أحق بملكه (مسئلة) فإذا لم يعرف أنه
مسلم فلا خلاف في أنه يباع في المقاسم لأنه بمنزلة سائر الفتي وهذا إذا كان المشركون قد أخذوا ذلك
من غير اختياره فأما أن دفعه اليهم طوعا مثل أن يبيعه منهم فلا يوفوه ثمنه أو يخافهم فيصالحهم به فلا
حق له فيه إذا غنمها المسلمون قاله سحنون ووجه ذلك أنه سلمه اليهم باختياره وملكهم إياه وذلك

✽ ما يرد قبل أن يقع
القسم مما أصاب العدو ✽
* حدثني يحيى عن مالك
أنه بلغه أن عبدا لعبد الله
ابن عمر أبق وأن فرسالة
عارفا صاحبها المشركون
ثم غنمها المسلمون فردا
على عبد الله بن عمر وذلك
قبل أن تصيبها المقاسم

نخر وجهه عن ملكه فلا حق له فيه ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيما يصيبه العدو من أموال المسلمين انه ان أدرك قبل أن تقع فيه المقاسم فهو رد على أهله وأما ما وقعت فيه المقاسم فلا يرد على أحد ﴾ ش وهذا كما قال انه ان أدرك قبل المقاسم فانه يرد على صاحبه يكون أحق به من الغائبين وغيرهم وأما اذا لم يعلم انه له حتى وقعت فيه المقاسم فانه لا يرد على صاحبه ومعنى الرد هاهنا انه لا يكون أحق به دون ثمن وذلك ان أخذ أهل الشرك الشيء على وجه القهرة شبهة تملك وهكذا كل ما تملكه على وجه لا يصلح للمسلم أن يملك عليه فانه له ويصححه اسلامه عليه أو الحكم له بصحته وقال الشافعي لا يصح ملكهم لشيء الاعلى الوجه الذي تملك عليه المسلمون ومن أسلم منهم وفي يده شيء من أموال المسلمين فلا شيء له فيه وورد الى صاحبه وكذلك ما أصابوا من أموال المسلمين ثم غفقه المسلمون فلا يعلم بذلك حتى قسم فان صاحبه أحق به رد اليه بغير شيء ويعطى من صار اليه في قسمه قيمته من بيت المال والدليل على ما نقوله ان القهر والغلبة جهة تملك بها المسلم على المشرك فجاز أن يملك بها المشرك على المسلم كالبيع والصلح (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففي ههنا مسئلتان احدهما أن يجد الانسان ملكه في الغنيمة قبل القسمة فلهذا أن يأخذه بغير قيمة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال عمرو بن دينار اذا وصل الى دار الحرب ثم أخذه المسلمون بعده ههنا فهو للغائبين والدليل على ما نقوله ان ملك المشركين على ما غفوه لم يستقر ولو استقر لما كان لصاحبه قبل القسمة ولا بعدا وانما يتقوى بشبهة الاسلام فاذا لم تقترب به شبهة الاسلام فهو على ملك صاحبه الأول (مسئلة) فان أثبتته صاحبه بعد القسمة فهو أحق به وروى عن عمر بن الخطاب انه قال من هو بيده أحق به والدليل على ما نقوله ان من صار بيده له فيه شبهة ملك ومن كان له ملك ثابت صحيح كان أولى وحيازة المشركين له شبهة ملك لم تتم لان تمامها لا يكون الا بالاسلام فبقى لصاحبها فحاق ولو أسلم من ههنا في يده لبطل حق السيد منها لتمام ملكه لها وحكم الامام ببيع العبد وقسمة ثمنه ليس بحكم بابطال حقه منه وانما هو حكم بصحة أخذ الغائبين ثمنه ويبقى له فيه أن يفديه بذلك الثمن أو يتركه ولو حكم الامام بابطال حقه منه لما كان له رجوع فيه على قول سحنون ويرجع فيه على قول ابن القاسم لانه حكم غير جائز لانه لم يبطال به أحد ولا دعت اليه ضرورة فلم يكن فيه غير مجرد الضرورة فيجب أن يرد فيه وينقض (فرع) اذا ثبت له أخذه فانه لا يكون له أخذه الا بالثمن يرد من عنده وقال الشافعي تدفع اليه القيمة من بيت المال والدليل على صحة ما نقوله ان العبد لا يدفع الى بيت المال وانما رد الى سيده فوجب أن تكون القيمة على من يصير اليه العبد أو يكون استحقاقا تاما فلا تجب فيه القيمة على أخذه ص ﴿ وسئل مالك عن رجل حاز المشركون غلامه ثم غفقه المسلمون قال مالك صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم مالم تنصبه المقاسم قال فان وقعت فيه المقاسم فاني أرى أن يكون الغلام لسيدته بالثمن ان شاء ﴾ ش قوله ان صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم يرد ان له أن يأخذه ولا يدفع فيه قيمة وهو ما يساوي يوم أخذه له ولانما ان كان وقع فيه تباع بين المشركين قبل أن يغرم ولا يغرم بسبب ذلك من أنفق عليه ولا يكلف بسببه ووجه ذلك ان الغنيمة لا يستقر ملك الغائبين عليها بنفس الغنيمة وانما استقر بالقسمة وبه قال القاضي أبو الحسن وهو مذحج أبي حنيفة وملك صاحبه يتقرر عليه حال الغنيمة فكان له أخذه بغير ثمن وأما ما بعد القسمة فلا خلاف في تقرير ملك الغائبين عليها فلم يكن لصاحب ذلك أخذه الا بالثمن كالشفعة

قال وسمعت مالكا يقول
فيما يصيبه العدو من أموال
المسلمين انه ان أدرك قبل
أن تقع فيه المقاسم فهو رد
على أهله وأما ما وقعت
فيه المقاسم فلا يرد على
أحد * وسئل مالك عن
رجل حاز المشركون غلامه
ثم غفقه المسلمون قال
مالك صاحبه أولى به بغير
ثمن ولا قيمة ولا غرم مالم
تنصبه المقاسم فان وقعت
فيه المقاسم فاني أرى أن
يكون الغلام لسيدته
بالثمن ان شاء

(فصل) وقوله فان وقعت المقاسم فاني أرى أن يكون الغلام له بالثمن ان شاء يريد بالثمن الذي صار الى الذي هو في يده بالقسمة ان كان الذي يبيع وقسمت الأثمان وان كان الذي قسم فبقيته يوم دفع اليه في القسمة وسواء دخل العبد زيادة أو نقصان عني أو غيره فان صاحبه لا يأخذه إلا بجميع الثمن لانه انما يستحقه بسبب قديم كالشفعة (مسئلة) فان ادعى من صار اليه العبد بالقسمة ثمنًا وأنكره المستحق فهو مصدق فيما يشبه فان أتى بما لا يشبه رد الى القيمة ووجه ذلك انه يخرج العبد من يده بعوض فكان القول قوله في ذلك العوض ما لم يتبين كذبه كالشفعة ص * قال مالك في أم ولد رجل من المسلمين حازها المشركون ثم غنمها المسلمون فقسمت في المقاسم ثم عرفها سيدها بعد القسم انها لا تسترق وأرى أن يفقدها الامام لسيدها فان لم يفعل فعلى سيدها أن يفقدها ولا يدعيها ولا أرى للذي صارت اليه أن يسترقها ولا يستحل فرجها وانما هي بمنزلة الحرية لان سيدها يكلف أن يفقدها اذا جرحت فهذا بمنزلة ذلك فليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها * ش وهذا كما قال ان أم الولد قد ثبتت ولاؤها لسيدها ولم يكمل عتقها لان سيدها قد بقي له فيها الاستمتاع وأكثر أحكام الرق من انتزاع المال والحجر وغير ذلك فاذا غنمها المشركون ثم صارت بأيدي المسلمين بالغنمية فان علم بذلك قبل القسمة فهي لسيدها وان لم يعلم بذلك حتى تصيبها المقاسم فان مالها كمال يفقدها الامام لصاحبها وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا يفقدها لنفسه صاحبها وجه قول مالك ان الامام يفقدها له انما ذلك لان صاحبها يجبر على افتكاكها وليس سبب ذلك من جهته ولا من جهتها وانما ألزمه الامام ذلك بما فعل من القسمة وليس هذا بمنزلة الأمة لان له تركها وهذا ليس له اسلامها وتركها وجه الرواية الثانية ان لصاحبها فيها بقية ملك فلزمه أن يفقدها ذلك المملوك منها لان القسمة شبهة ملك واذا كان منها ما يصح ملكه جاز أن يصح شبهة ملكه فاذا لم يصح الانتفاع بها الا لسيدها أجبر على أن يفقدها تلك المنفعة منها لان غيره لا ينتفع بها ولا يجوز له تسليمها لانه لا يملك اباحتها ملك منها لغيره

(فصل) وقوله فان لم يفقدها الامام فعلى سيدها أن يفقدها يريد ان الامام ان ترك الواجب عليه من ذلك أو رأى فيه غير ما رآه مالك فان على سيدها أن يفقدها على كل حال وبما اذا يفقدها اختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن القاسم عن مالك ان عليه أن يفقدها بثمن الذي أخضعها به كان أكثر من القيمة أو أقل وحكى ابن المواز عن أشهب والغيرة ان على سيدها الأقل من القيمة والثلث وجه قول مالك ان ما افتدى من ذلك لحق القسمة فانهما يفقدها بالثمن كالأمة ووجه القول الثاني انه يجبر على افتدائها فلزمته القيمة ان كانت أقل من الثمن وليس ذلك بمنزلة الأمة فانه مخير بين افتدائها وتركها فلذلك لزمه الثمن الذي اقتسمت به (مسئلة) فان ماتت قبل الحكم للسيدها فلا شيء عليه من قيمتها لان الثمن انما هو ليفقدها فاذا ماتت فلا شيء عليه من فداؤها وكذلك لو مات سيدها قبل أن يحكم له بها فهي حرة ولا شيء عليها ولا على تركتها سيدها قاله سحنون ووجه ذلك انها تعتق بموته ولا تتبع تركه السيد بشئ لانه لا يقوم على ميت ولا تتبعه هي بشئ لان ذلك ليس بسببها بخلاف الجنابة

(فصل) وقوله ولا أرى للذي صارت له أن يسترقها ولا يستحل فرجها يريد ان فيها ملكا لسيدها ولا تصح ازالته الى الرق واذا لم يحل للثاني استرقاقها لم يحل له وطؤها وانما له على سيدها عوض ما يملكه سيدها منها فلما لم يتقرر ذلك ولم يميز كان عليه قيمة رقبته لان رقبته مشغولة بما بقي لسيدها فيها من الملك ولانها لو قتلت لكان له قيمتها فان كان غنيا أخذ ذلك منه وان كان فقيرا اتبع

* قال مالك في أم ولد رجل من المسلمين حازها المشركون ثم غنمها المسلمون فقسمت في المقاسم ثم عرفها سيدها بعد القسم انها لا تسترق وأرى أن يفقدها الامام لسيدها فان لم يفعل فعلى سيدها أن يفقدها ولا يدعيها ولا أرى للذي صارت له أن يسترقها ولا يستحل فرجها وانما هي بمنزلة الحرية لان سيدها يكلف أن يفقدها اذا جرحت فهذا بمنزلة ذلك فليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها

في ذمته وان كان ميتا بطل حقه

(فصل) وقوله انما هي بمنزلة الحرية يريد انه لا يصح لمن هي في يده أن يملكها فهي بمنزلة الحرية في حقه وقوله لان سيدها كصف أن يفتديها اذا جرحت يريد انها لو جنت على أحد لكف سيدها أن يفتديها فهذا بمنزلة ذلك في وجوب افتدائها عليه وقياسه على الجنابة يقتضي ان على سيدها أن يفتكها من هي في يده بالأقل من الثمن والقيمة كالجنابة انما هي الأقل من الارش والقيمة

(فصل) وقوله وليس له أن يسلم أم ولده تسترق ويستحل فرجها يريد انه لا يجوز له ذلك فيجب على اقتسائها ص وسئل مالك عن الرجل يخرج الى أرض العدو في المفاداة أو لتجارة فيشتري الحر أو العبد أو يوهب ان له فقال اما الحر فان ما اشتراه به دين عليه ولا يسترق وان كان وهب له فهو حر ولا شيء عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيئا مكافأة فهو دين على الحر بمنزلة ما اشتري به واما العبد فان سيده الاول مخير فيه ان شاء أن يأخذه ويدفع الى الذي اشتراه ثمنه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه وان كان وهب له فسيده الاول أحق به ولا شيء عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيئا مكافأة فيكون ما أعطى فيه غرما على سيده ان أحب أن يفتديه ش وهذا كما قال ان الرجل اذا خرج الى أرض العدو في المفاداة أو التجارة الخروج الى أرض العدو على ثلاثة أضرب الجهاد والمفاداة والتجارة فاما دخول أرض الحرب للجهاد فقد تقدم ذكره وفضله وأما دخوله للمفاداة ودخولها للتجارة فقال سحنون من ركب البحر الى بلاد الروم في طلب الدنيا فهي جرحه ونهى عن التجارة الى أرض السودان لان أحكام الكفر تجري هناك عليه

(فصل) وقوله فيشتري الحر أو العبد أو يوهب ان له اما شراء الحر فانه لا يصح الا بان لا يعلم انه حر فاشتراه ثم تبين له ذلك ولعله سمي الفداء شراء والأصل في ذلك ان فداء المسلمين وتخليصهم من ايدي المشركين واجب لازم رواه أشهب عن مالك قال ولو لم يقدروا ان يفتدوهم الا بكل ما يملكون فذلك عليهم وقال أشهب لما سئل عن فداءهم بالخمر لا يفتدون بها ولا يدخل في نافلة بمعصية فيها نافلة ولعل هذا أن يكون رأى أشهب وروى عن مالك خلافاً وجهوا أصحابنا على قول مالك والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العاني والدليل على ذلك من جهة المعنى ما احتج به مالك من انه يلزم القتال لاستنقاذهم وفيه اتلاف المهج وسفك الدماء فبان يلزم استنقاذهم بالمال أولى وفي هذا الباب خمس مسائل احداها فيما يجوز فداؤهم به والثانية في الحكم بيننا وبينهم ان لم يتفق الفداء والثالثة في وجوب الرجوع على الأسير بمافدى والرابعة في تبين من لا يرجع عليه بالفداء والخامسة في تداعي الأسير والمفادى في مبلغ الفداء * فاما الاولى فاختلف أصحابنا فيها فذهب ابن القاسم الى انه يفدى من الأموال بما يجوز أن يملكهم اياه ولا يتقون به فاما ما لا يجوز أن يملكهم اياه من رقيق المسلمين فلا يفتدون به لانه فداء مسلم بمسلم وحقه ما واحد في وجوب الاستنقاذ منهم وكذلك الخمر والخنزير فانه لا يجوز أن يملكهم شيئا منه وكذلك ما يتقون به على المسلمين كالخيل والسلاح لانهم يرفعون اليها أسيرا واحدا ويتقون بما يصبر اليهم من الخيل والسلاح على جماعة المسلمين وقال ابن الماجشون وأشهب يفدون بجميع أنواع المال مما يمكننا نحن أن نملكه ونملكهم اياه فاجازا فداءهم بالخيل والسلاح ووجه ذلك ان الخيل والسلاح قوتهم بما ترقبه مؤجلة واذا تبين لهم هذا المسلم موجودة وقال سحنون يفدون بكل شيء حاشا المسلمين فجوز فداءهم بالخمر فقال تتبعنا لهم الخمر للفداء وهي ضرة

وسئل مالك عن الرجل يخرج الى أرض العدو في المفاداة أو لتجارة فيشتري الحر أو العبد أو يوهب ان له فقال اما الحر فان ما اشتراه به دين عليه ولا يسترق وان كان وهب له فهو حر وليس عليه شيء الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيئا مكافأة فهو دين على الحر بمنزلة ما اشتري به واما العبد فان سيده الاول مخير فيه ان شاء أن يأخذه ويدفع الى الذي اشتراه ثمنه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه وان كان وهب له فسيده الاول أحق به ولا شيء عليه الا أن يكون الرجل أعطى فيه شيئا مكافأة فيكون ما أعطى فيه غرما على سيده ان أحب أن يفتديه

وجه ذلك ان الضرورة تنبج الانتفاع بالمحرمات ولذلك أبيع كل الميتة وضرورة هذا الأسير مثل ذلك وأشد فكان له الانتفاع بالجزر والخزير لزالة ضرورته * وأما المسئلة الثانية وهي أن يأتي أهل الحرب بأسرى المسلمين للفداء فيطلبون فيهم ما لا يستطيعون فيريدون صرفهم إلى بلد الحرب قال مالك وابن القاسم لهم أن يرجعوا بهم ولا يؤخذون منهم الا برضاهم وقال ابن الماجشون وغيره ان أراد الذي في يده الاسير قيمته أو أكثر من ذلك ييسر دفعته اليه والا أخذ منهم قهرا ودفعته اليهم قيمته وجه قول مالك انهم نزلوا على عهد فلا يجوز نقضه وغلبتهم على ما بأيديهم وجه القول الثاني ما احتج به أصبغ اننا لم نعهدهم على مخالفة أحكام الله تعالى وانما عاهدناهم على أن نفي لهم بشر وطهم ما لم يخالفوا الحق (فرع) وأما الذي يراعى في قيمتهم قال سحنون يراعى في ذلك فداء مثلهم ليس القرشي والعربي كالا سود والمولى قال ابنه فقد فديت الاسارى الذين كانوا بأسر دانية على قيمتهم عبيدا قال انما ذلك لأنهم غير معروفين عندي من ذوى القدر * وأما المسئلة الثالثة وهي وجوب الرجوع على الاسير بالفداء لمن شاء ذلك فالذي عليه جمهور أصحابنا أن الاجنبي يرجع على الاجنبي بمافداه به وان كان أضعاف ثمنه قاله ابن القاسم وسحنون فان وجدته عنده أخذه منه قال عبد الملك وسحنون وهذا أحق بماله من غرمائه حتى يستوفي الفداء واحتج عبد الملك بان الفداء أكمن الدين لأنه يجبر على فدائه بأضعاف قيمته ودينه انما يدخل في ذمته باختياره وقال محمد بن المواز انما هذا في ماله الذي أحرزه العدو مع رقبته (فرع) فان كان ما اشتراه به ماله مثل رجوع عليه بمثله وان كان مما يرجع الى القيمة رجوع عليه بقيمته فان كان خيرا أو خيرا فقد قال سحنون ان كان المشتري مسلما لم يرجع عليه بشئ هنه رواية ابنه عنه ويحتمل على قوله انه اشتراه بالجزر والخزير انه يرجع على الاسير بثمن ذلك قال سحنون وان كان المشتري ذميا رجوع عليه بقيمة الجزر والخزير لأنه مال وان كان ممن يذول الميتة فهذا حكمها * وأما المسئلة الرابعة وهي تمييز من يرجع عليه بالفداء من غيره فالتاس في ذلك على ثلاثة أضرب أحدهم وذو محارم ومن يعتق عليه فأما الجانب فانه يرجع عليهم على كل حال إلا أن يريد الصدقة عليهم وكذلك الاقارب ممن ليسوا بذى محارم فلذلك جعلناهم في جملة الاجانب وأما من يعتق عليه فلا رجوع له عليهم فيما فداهم به عرفهم أو لم يعرفهم إلا أن يقول له ادفولك الفداء على وأما ذو المحارم غيرهم والزوجة فانه ان فداهم وهو لا يعلم من هم فله الرجوع عليهم لأنه لم يقصد الهبة فان عرفهم فلا رجوع له عليهم إلا أن يأمره هم بفدائهم ليرجع عليهم قال سحنون والاصل في ذلك أن كل من لا يرجع عليه بثواب الهبة فانه لا يرجع عليه بالفداء ومن يرجع عليه بثواب الهبة فانه يرجع عليه بالفداء وقد قال القاضي أبو محمد في هبة أحد الزوجين الآخر روايتان عن مالك احداهما لا ثواب عليه وعلى هذا بنى سحنون هذه المقالة والثانية عليه الثواب فيجب أن يرجع أحد الزوجين على الآخر بالفداء قياسا على هبة الثواب * وأما المسئلة الخامسة وهي تداعى الاسير والمفادى في الفداء فاختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم الى أن القول قول الاسير في انكار الفداء جملة وفي انكار بعضه فان أتى بما يشبه حكم عليه به ولم يقض عليه بغيره سواء أخرجه من أرض الحرب أو لم يخرج منه منارواه ابن حبيب عن ابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وأصبغ قال ابن حبيب وقيل اذا أقر الاسير أنه فداه واختلفا في قبر الفداء فالتفادى مصدق ويصير كآثره في يديه وهذا خلاف قول مالك وقد قال سحنون مثل هذا القول قول التفادى اذا كان الاسير بيده

عن يحيى بن سعيد بن عمرو بن كثر بن أفلح (١٨٩) * حدثني يحيى عن مالك

عن أبي محمد مولى أبي قتادة عن أبي قتادة بن ربعي أنه قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حنين فلما التقينا كانت للمسلمين جولة قال

فرايت رجلا من المشركين
قد علا رجلا من المسلمين
قال فاستدركه حتى آتته
من ورائه فضربه
بالسيف على جبل عاتقه
فأقبل على فضمي ضمة
وجدت منارح الموت
ثم أدركه الموت فأرسلني
قال فلقيت عمر بن الخطاب
فقلت ما بال الناس فقال
أمر الله ثم ان الناس
رجعوا فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من قتل
قتيلا عليه بيعة فله سلبه
قال فقممت ثم قلت من
يشهد لي ثم جلست ثم قال
من قتل قتيلا عليه بيعة
فله سلبه قال فقممت ثم قلت
من يشهد لي ثم جلست
ثم قال ذلك الثالثة فقممت
فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم مالك يا أبا قتادة
قال فاقصصت عليه القصة
فقال رجل من القوم
صدق يا رسول الله وسلب
ذلك القتل عندي فأرضه
عنه يا رسول الله فقال

بكرلاها الله اذا لا يعتمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه إياه فاعطانيه فبعت الدرع فاشتريت به مخرفا في بني سامة فانه لاول مال تأتلته في الاسلام

(فصل) وقوله وأما العبد فان سيده الاول بخير فيه فان شاء أن يأخذه ويدفع الى الذي اشتراه منه فذلك له وان أحب أن يسلمه أسلمه هذا حكم العبد القن سيده بخير فيه وكذلك المكاتب والمدر والمعتق الى أجل وأما أم الولد فانه يجبر على أخذها بالتمن الذي اشترى به والفرق بينهما أنه يجوز بيع ماله في المكاتب والمدر والمعتق الى أجل وأخذ العوض عنه ولا يجوز له ذلك في أم الولد

﴿ ما جاء في السلب في النفل ﴾

ص **ع** مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن كثير بن أفلح عن أبي محمد مولى أبي قتادة عن أبي قتادة بن ربعي أنه قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حنين فلما التقينا كانت للمسلمين جولة قال فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين قال فاستدرت له حتى أتيت من ورائه فضربته بالسيف على جبل عاتقه فأقبل عليّ فضممني ضمة وجدت منها رجح الموت ثم أدركه الموت فأرسلني قال فلقبت عمر بن الخطاب فقلت ما بال الناس فقال أمر الله ثم أن الناس رجعوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيل لاله عليه بيعة فله سلبه قال فقمتم ثم قلت من يشهد بي ثم تجلستم ثم قال من قتل قتيل لاله عليه بيعة فله سلبه قال فقمتم ثم قلت من يشهد بي ثم تجلستم ثم قال فقمتم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة قال فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتل عندى فارضه عنه يا رسول الله فقال أبو بكر لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه أياه فأعطانيه فبعت الدرع فاشتريته بخزفاني بني سلمة فانه لا ول مال تأثنته في الاسلام **ع** ش قوله فلما التقينا كانت للمسلمين جولة يريد بعض الانهزام وانما انهزمت مقدمة الجيش والنبي صلى الله عليه وسلم ثابت ولذلك قال رجل للبراء بن عازب يا أبا عامرة أكنتم فرتم يوم حنين قال لا والله ما ولي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن خرج سباق أصحابه وخفافهم حسرا ليسوا بسلاح فأثوا قومامة جمع هوازن وبني نصر ما يكاد يسقط لهم سهم فرشقوهم رشقا ما يكادون يخطئون فأقبلوا هناك إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو على بغلته البيضاء وابن عمه أبو سفيان بن الحرث بن عبد المطلب يقود به فنزل واستنصر ثم قال أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب ثم صف أصحابه

(فصل) وقوله فرأيت رجلا من المشركين قد علار جلا من المسلمين يحتمل أن يريد ظهر عليه وأشرف على قتله ويحتمل أن يريد أنه صرعه وقوله فاستدرت له حتى أتيت من ورأته فضرته بالسيف على جبل عاتقه ظاهر هذا أنه لم ير أحدهما إلى صاحبه ويؤكد هذا قوله فلما التقينا كانت للمسلمين جولة وأنه الملقى أحدهما الآخر بالتقاء الجيش ولو كان كل واحد منهما برز إلى صاحبه لم يجز لأبي قتادة أن يقتله إذا ظهر على المسلم واختلاف أصحابنا في جواز دفع المشرك عن المسلم إذا تبارز وأظهر عليه وخيف عليه أن يقتله فقال أشهب وسحنون يعان ويدفع عنه المشرك ولا يقتل لأن مبارزته عهدان لا يقتله إلا من بارزه وقال سحنون أيضا لا يعان بوجه رواه ابن المواز عن ابن القاسم * وسئل مالك أيعان فقال إن خاف الضعف فلا يبارز (فرع) فإن قتل المشرك

غير الذي يبارزه فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم على الذي قتله ديتيه وقال أشهب لادية عليه
(مسئلة) فان بارز ثلاثة من المسلمين ثلاثة من المشركين فلا بأس لمن قتل صاحبه من المسلمين
أن يعين صاحبه في القتل والدفع كما فعل علي بن أبي طالب رضي الله عنه وجزرة بن عبد المطلب
في معونة عبيدة بن الحارث يوم بدر ووجه ذلك أنهم قد رضوا بتعاونهم فهم بكماعة الجيش تلقى جماعة
جيش آخر فلا بأس بتعاونهم
(فصل) وقوله فضمني ضمة وجدت منها ربح الموت يريد أنه وجد من شدتها ما يقرب من ألم
الموت ويحتمل أن يريد أنه خاف من شدتها الموت وقوله ثم إن الناس رجعوا يحتمل أن يريد
رجعوا من جملتهم ويحتمل أن يريد رجعوا من القتال بعد الفراغ منه وقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه والذي ذهب إليه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ذلك بعد أن برد القتال ولم يبق له لم يكن القتال سلب فان السلب الذي نفعه رسول الله صلى
الله عليه وسلم للقاتل إنما هو من الخمس والدليل على أن هذا القول إنما كان بعد الفراغ من
القتال الذي فيه وقع القتال فزاد ثم إن الناس رجعوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه وهذا يقتضي أن قوله صلى الله عليه وسلم كان بعد رجوعهم فان كان
رجوعهم ذلك من القتال فهو ما قلناه وان كان رجوعهم من الهزيمة فانه يقتضي أنه صلى الله عليه
وسلم قال ذلك بعد التراجع من الهزيمة فممن قتل قبل التراجع ولذلك قام أبو قتادة فممن قتله قبل
التراجع وقضى له سلبه ووجه آخر وهو أن القنبي وهو أوثق الناس وأحفظهم لحديث مالك قال
في هذا الحديث ثم إن الناس رجعوا وجلس النبي صلى الله عليه وسلم فقال من قتل قتيلا فله سلبه
وهذا يدل على أنه بعد الفراغ من القتال لان النبي صلى الله عليه وسلم كان راكبا على بغلته في حال
القتال ومعلوم أنه لا يرجع عنه إلى الجلوس والراحة إلا بعد الفراغ منه ووجه آخر وهو أنه لا خلاف
أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قال ذلك بعد الفراغ ورجوع الناس من الهزيمة وهذا يدل على أنه
لم يرد به التعريض ولو أراد به التعريض على القتال ذلك اليوم لقاله في أول القتال وقبل الهزيمة
ووجه رابع وهو ما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم
فقال الرجل يقاتل للغنمة ويقاتل للحمية ويقاتل ليري مكانه من الشهدا فقال من قاتل لتكون
كلمة الله هي العليا فذلك في سبيل الله وإذا قال ذلك الإمام بعد تقضي الحرب كانت النيات قبله سليمة
صحيحة ولم يقاتل أحد إلا لتكون كلمة الله هي العليا وإذا قاله في أول القتال أثمر ذلك في النيات
وعرض الناس ليقاتلوا ما يحصل لهم من السلب (مسئلة) والدليل على أنه من الخمس حديث
عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية قبل نجد فغنموا إبلا كثيرة فكانت
سهمانهم اثني عشر بعيرا وأحد عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا فوجه الدليل منه أنه ذكر أن سهمانهم
بلغت أحد عشر بعيرا ثم نفلوا بعيرا بعيرا وهذا يدل على أن النفل من غير الأربعة الأخماس ولا مكان
له غير الخمس ومما بين ذلك من جهة المعنى أن الأربعة الأخماس من الغنمة للغنائمين تجب المساواة
بينهم فيه لا يزداد أحد منهم لغنائه ولا لقتاله ولو كان فيه تفضيل لقتل أو قتال لوجب أن يفاضل بينهم
لغنائه فلا يأخذ عبد الله بن مسعود وأبو هريرة ما يأخذ علي بن أبي طالب والوزير بن العوام وخالد
ابن الوليد والبراء بن مالك وأبو قتادة الأنصاري رضي الله عنهم ولما اجتمع المسلمون على أن يأخذهم
سواء له وإن اختلفوا وتباينوا في القتل والقتال بطل أن يكون للقتل من يلاحد من الأربعة

الأخاس وانما يكون التفاضل في الخس فانه محل للتفاضل والعطاء لبعض دون بعض على قدر
اجتهاد الامام وأما الاربعة الأخاس فليست بمحل لاجتهاده ونعبر من هذا قياساً فنقول ان هذه
مزية غناء فلم يجز أن يعاوض عليها بمزية عطاء من الأربعة الأخاس أصل ذلك لشدة القتال
وحماية المسلمين والمدافعة عنهم والانفراد بأخذ الغنائم العظيمة والاموال الجسيمة (مسئلة) اذا ثبت
ذلك فلا أن اماماً قال قبل القتال من قتل قتيلاً فله سلبه أو نفل رجلاً سلب قتيلاً من غير الخس
فانه لا ينقض لانه من الامام حكم حاكم بقول بعض العلماء فلا ينقض قاله سحنون وفي هذا أربع
مسائل احدها ما يقتضيه قول الامام من ذلك والثانية في ذكر من يستحق ذلك من الغانمين
والثالثة في وصف من يستحق ذلك بقتله من المقتولين والرابعة في وصف السلب الذي يستحق
بذلك فأما ما يقتضيه قول الامام من ذلك فان الامام اذا نادى في ذلك بلفظ يعمه ويم الناس مثل
أن يقول من قتل قتيلاً فله سلبه فان هذا الحكم ثابت له ولجميع الناس وان خص نفسه بان قال
ان قتلت قتيلاً فلي سلبه لم يكن له من ذلك شيء لانه قد حابي نفسه وأظهر مائهي عنه من ترك المعدلة
فلم يجز حكمه ووجب نقضه وان قال من قتل منكم قتيلاً فله سلبه فان هذا الحكم ثابت للناس دون
لانه قد أخرج نفسه منه بقوله منكم قال ذلك كله سحنون (مسئلة) واذا قال الامام من قتل
قتيلاً فله سلبه فكان القاتل ممن لا يسلمه فقد روى ابن سحنون عن أبيه ان كان القاتل ذنباً
فلا شيء له من السلب وكذلك لو قتلت امرأة قال وأشهد برى أن يرضخ لأهل الذمة على قياس
قوله له السلب من الخس لانه نفل واختلف قول الشافعي في العبد والمرأة والصبي والأظهر عندي
على مذهبه ان من قتل قتيلاً منهم فله سلبه فان اللفظ عام وأما ان كان القاتل مخذلاً أو مراً جفا على
المسلمين فانه ليس له من السلب شيء لانه لم يقاتل عن الله ورسوله (مسئلة) واذا قال الامام من
قتل قتيلاً فله سلبه فقتل القاتل امرأة أو صبياً فقد حكي سحنون عن الأوزاعي ان قاتلاً فله سلبها
وهذا يقتضي أن يكون المذهب وقد رأيت لسحنون ما يقتضيه وأما من قتل مستأسراً أو من لا يدافع
فليس له من سلبه شيء (مسئلة) وأما السلب الذي يستحقه القاتل بهذا القول قال سحنون قال
أصحابنا لا نفل في العين وانما هو الفرس وسرجه ولجامه وخاتمه ودرعه وبيضة ومنطقته
في ذلك من رجليه الى ساعديه وساقيه ورأسه والسلاح ونحوه وحلية السيف تبع للسيف ولا شيء له
في الطوق والسوارين والعين كله ولا في الصليب يكون معه وقال ابن حبيب يدخل في السلب كل
ثوب عليه وسلاحه ومنطقته التي فيها نفقته وسواراه وفرسه الذي هو عليه أو كان يمسكه لوجه قتال
عليه فأما ان كان يجنب أو كان منفلاً فليس من السلب فتحقيق مذهب سحنون ان ما كان معه من
لباسه المعتاد وما يستعين به على الحرب من فرس أو سلاح فهو من السلب ومذهب ابن حبيب ان
ما كان عليه من اللباس والحلى والنفقة المعتادة وما يستعان به على الحرب فهو من السلب

(فصل) وقوله فقتل فقلت من يشهد لي ثم جلست يريد ان قام ليطلب سلب القتيلى الذي قتله لما
سمع من النبي صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه ثم تأمل قوله صلى الله عليه وسلم له
عليه بيعة ولم يعلم بأن أحداً رآه يشهد له بذلك فقال في نفسه من يشهد لي بذلك فلما استبعد أن تكون له
بيعة بما فعل من ذلك يصل بها الى استحقاق سلب القتيلى الذي قتله جلس عن القيام في ذلك وسكت
عن طلبه.

(فصل) وقوله ثم قال من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه تكرار النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث

مرات يحتمل أن يكون قالها في ساعات مفترقة لكي يسمع قوله من يأتي بعد قوله الأول والثاني ويحتمل أن يكون جرى في ذلك على عادته صلى الله عليه وسلم أنه إذا قال قولاً أعاده ثلاثاً فيكون قال ذلك قولاً متقارباً وقيام أبي قتادة عند قوله الأول والثاني بعد أن جلس في الأول والثاني لما كان يتجدد له من الأمل في سلب قتيله بقول النبي صلى الله عليه وسلم بما كان يثبت في نفسه أنه مستحق لسلب ذلك القاتل لعلمه بقتله له ثم كان يجلس بعد ذلك عند ما تبين له أنه لا يدفع إليه الابينة وكان عنده أن يبنته على ذلك معدومة وما الذي يثبت به هذا في مثل تلك المواضع أما من شهادته شاهدان بأنه قتله فلا خلاف في ذلك واحتجاج أصحابنا بخبر أبي قتادة أنه دفعه إليه بقول واحد دون يمين يدل على أنه يجوز أن يقبل فيه قول الواحد وذلك إذا قال الامام من قتل قتيلاً له عليه يينة فله سلبه قال أبو بكر بعد ذلك للنبي شهادته به لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فاضاف السلب إلى ملكه بقول الشاهد الواحد وإذا كان هكذا فطريقه طريق الخبر لا طريق الشهادة (مسئلة) وأما إذا قال من قتل قتيلاً فله سلبه ولم يشترط البينة فقد قال ابن سحنون من جاء برأس فقال أنا قتلته فقد اختلف فيه قوله فعلى قوله الأول السلب له وعلى قوله الآخر لا شيء له الابينة فاما ان جاء بسلب فقال أنا قتلته صاحب هذا السلب فلا يأخذ السلب الابينة وجه القول الأول في التفريق بين الرأس والسلب ان الرأس في الأغلب لا يكون الا يمد من قتله لانه أقرب اليه من غيره وهو يمنع منه من أراده ولا يتركه وقد علم ان الامام نفعه سلبه فهذا الا يشهد له وأما السلب فليس كونه بيده شاهد له لانه موضع سلب ولا يمنع منه غيره لانه لا حق له فيه الا حكمه وأما على القول الآخر فلا فرق بينهما لانه لا يصدق صاحب الرأس ولا صاحب السلب قال القاضي أبو الوليد انه يجوز أن يقبل في ذلك الشاهد الواحد على ما تقدم من احتجاج أصحابنا بقول أبي قتادة والافظا ه لفظ البينة يقتضي الشهادة ولا يكون ذلك أقل من شاهدين ولا يجوز على هذا القول في ذلك الشاهد واليمين لان الشهادة لا تتناول المال وانما تتناول القتل وهو حكم في الجسد

(فصل) وقوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم لما رأى قيامه مرة بعد مرة اعتقد انه ممن يستحق مثل هذا أو ممن في نفسه شبهة من استحقاقه فان كان مستحقا له بين له وجه استحقاقه وهذا اليه فان لم يكن على ذلك الوجه بين له أنه غير مستحق له أو تفصل عليه ابتداء ويحتمل أيضاً أن يكون اعتقد فيه ان له حاجة فنهج الحياة من ابهاتها وتبعته حاجته على القيام اليها مرة بعد مرة فاراد أن يسهل عليه استفتاح الكلام فيها

(فصل) وقوله فاقصصت عليه يريد انه أورد عليه ما جرى له والموجب لقيامه وجوبه فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القاتل عندي فارضه منه يا رسول الله وقول الرجل صدق شهادة لابي قتادة بقتله وبإضافة السلب الذي عندي الى ذلك القاتل لان القاتل للقتيل يحتاج أن يبين أحدهما مباشرة قتله والثاني أن ذلك السلب له اذا وجد السلب عليه ومعه فان قلنا ان كون رأس القاتل معه شهادة له يقبل قوله فيجب أن يكون مع ذلك سلب القاتل بيده شهادة له به هذا ان قلنا ان طريقه طريق الشهادة وان قلنا طريقه طريق الخبر فانه ظاهر فيما يدعيه

(فصل) وقول ذلك الرجل وسلب ذلك القاتل عندي عدة ورغبة الى النبي صلى الله عليه وسلم في أن يهبه اياه من غير أن يكون قبله ويعوض أبا قتادة من ذلك ما يرضى به (فصل) وقوله رضى الله عنه لاها الله اذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك

سلبه يريده ان بأقتادة من أسد المؤمنين فاضافه الى الله لما كان عمله لله. كما قال تعالى يشرب بها عباد الله فاضافهم الى الله تعالى لما كانوا اعمالين له وقوله يقاتل عن الله ورسوله يريده انه يقاتل لتكون كلمتهما العليا ودينهما الظاهر وأضاف السلب الى القاتل بقوله فيعطيك سلبه لما كان قد استحقه بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فاستحق بذلك كل قاتل سلب قتيله بعينه وانما وقف تسليمه لوجود البينة بذلك ولما استحق أبو قتادة سلب ذلك القتيل بعينه ملك أعيان السلب ولم يكن لاحد أن يعوضه منه الا باختياره فلذلك منع أبو بكر رضي الله عنه من أن يعطى غيره شيئا من ذلك بغير رضاه وان عوض منه

(فصل) وقوله يقاتل عن الله ورسوله يقتضي ان كل من كان من المقاتلين على هذا الوجه مستحق سلب القتيل بما تقدم من قول النبي صلى الله عليه وسلم ومن كان منهم لا يقاتل عن الله ورسوله فانه غير داخل تحت ذلك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطاه اياه تصديقا لقول أبي بكر بالمنع من أخذ الرجل لسلب قتيل أبي قتادة وأمره بالاعطائه بأقتادة ما كان عنده من سلبه لانه صلى الله عليه وسلم قد كان أوجه له بقوله من قتل قتيلا فله سلبه فاعطاه اياه الرجل فباع أبو قتادة الدرع وهذا يدل على أن ذلك كان من جملة ذلك السلب قال أبو قتادة فابتعت به مخرفا والمخرف البستان تكون فيه الفا كهة من التمر وغيره والمخرف هي الفا كهة وهذا يدل على ان التمر من جملة الفا كهة لانه سمي بساتين المدينة بها وليس فيها شيء غير النخيل وأما قوله تعالى فيها فاكهة ونخل ورماني يعطف النخل والرماني على الفا كهة فلي معنى التأكيذ وكذلك قال تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فعطف جبريل وميكال على الملائكة وهما من أفاضل الملائكة

(فصل) وقوله وانه لأول مال تأثله في الاسلام يريد بالمال ههنا الاصل الذي لا ينقل ولا يحول لانه لا خلاف أنه قد ملك قبل ذلك ما يقع عليه اسم مال من السلاح وغيرها ويحتمل أن يريد بذلك غير ذلك من الاموال ولكنه لم يكن اتخذها على معنى التأثله وانما اتخذها للحاجة اليها بالاستعمال كالثوب يلبسه وغير ذلك فلم يكن على معنى التأثله ص * مالك عن ابن شهاب عن القاسم بن محمد انه قال سمعت رجلا يسأل عبد الله بن عباس عن الانفال فقال عبد الله بن عباس الفرس من النفل والسلب من النفل قال ثم عاد الرجل لمسأله فقال ابن عباس ذلك أيضا ثم قال الرجل الانفال التي قال الله تعالى في كتابه ما هي قال القاسم فلم يزل يسأله حتى كاد أن يخرجه ثم قال ابن عباس أتدرون ما مثل هذا مثل صينغ الذي ضرب به عمر بن الخطاب * ش سؤال الرجل عبد الله بن عباس عن الانفال فظاهره انه سأله عن الانفال المذكورة في قوله تعالى ينزلونك عن الانفال فلان الانفال لله وارسول قال عكرمة ونجاشد وابن عباس هي الغنائم قيل والانفال جمع نفل وانما سميت الغنيمة نفلا لانها تفضل من الله على الناس وروى عن ابن عمر وابن عباس أيضا ان الانفال هي الزيادات التي يريدها الأئمة للناس اذا شاؤوا ذلك ولو كانت فيه مصلحة وقال الحسن الانفال ما شئ من العدو من عبد أو دابة للامام أن يعطى ذلك من شاء فن قال ان الانفال هي الغنائم قال ان الآية منسوخة بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله جسده والرسول ومن قال بالقولين بعده جعلها محكمة فاذا تقرر ما ذكرناه واحتمل أن يكون سؤال الرجل عن الانفال المذكورة فكان سؤاله عن معنى هذه اللفظة ومقتضاها فأجاب عبد الله بن عباس بذلك كما يصح أن يكون منها وهو بعضها وانما يكون هذا جوابا لمن عرف أن الانفال هي الزيادات التي

* وحدثنى مالك عن ابن شهاب عن القاسم بن محمد أنه قال سمعت رجلا يسأل عبد الله بن عباس عن الانفال فقال ابن عباس الفرس من النفل والسلب من النفل قال ثم عاد الرجل لمسأله فقال ابن عباس ذلك أيضا ثم قال الرجل الانفال التي قال تبارك وتعالى في كتابه ما هي قال القاسم فلم يزل يسأله حتى كاد أن يخرجه ثم قال ابن عباس أتدرون ما مثل هذا مثل صينغ الذي ضرب به عمر بن الخطاب

معرض لئلا هذا انما هو موقوف لمصالح المسلمين وليعط منه ما ينتفع به المسلمون وأما أربعة أخماس الغنيمة فهو لقوم معينين وهو مبني على المساواة لا يفضل فيه أحد لغناؤه ولا ينقص منه أحد لقلة غناؤه وهو أحب الأقوال إلى مالك هذا يقتضي أنه أحب إليه من قول من قال من غير الخمس ولا بخمس وإنما يخرج أولاً الأنفال للقاتلين ثم بخمس الباقي وليس معنى قوله أن هذا القول أحب إليه من الآخر أن الآخر عنده صحيح وأنه بما يحب به ولهذا عليه مزية وإنما معناه أن هذا أولى بأن يؤخذ به كما يقال إقامة الحقوق أولى من تضييعها ص قال يحيى وسئل مالك عن النفل هل يكون في أول مغنم قال ذلك على وجه الاجتهاد من الامام وليس عندنا في ذلك أمر معروف موثق الاجتهاد السلطان ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازية كلها وقد بلغني أنه نفل في بعضها يوم حنين وإنما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام في أول مغنم وفيما بعده ش قوله أنه سئل عن النفل هل يكون في أول مغنم معناه أن ينفل قوم ما ينصهم بشيء من الغنيمة لا أمر ينفردون به من سرية أو نحوها مثل أن يبعث سرية وينفلها الربع بعد الخمس فإن ذلك لها لأنه أمر قد حكم لها به الامام وحكمه نافذ (مسئلة) فلو غنمت هذه السرية ثم لقيها عسكر آخر للمسلمين أخرجه الخليفة إلى جهة أخرى فإن كانت السرية ضعيفة عن التفريد بما غنمته ولم يكن لها من العسكر الذي انفصلت عنه عون على ذلك فإن العسكر الثاني يشركهم في النفل والغنيمة فاصار للسرية من نفل أخذته وما صار لها من مغنم ضم إلى ما يأتي به العسكر الأول من المغنم وإن كانت السرية قوية على التخلص لم يشركهم العسكر الثاني في نفل ولا سهم (مسئلة) وإن أنفذ الأمير سرية على أناء بعد الخمس نفل لهم فلما فصلت أشهد أنه قد أبطل ذلك فقد قال سحنون له ذلك ما لم ينفخوا ولا يكون له ذلك بعد أن ينفخوا

قال يحيى وسئل مالك عن النفل هل يكون في أول مغنم قال ذلك على وجه الاجتهاد من الامام وليس عندنا في ذلك أمر معروف موثق الاجتهاد السلطان ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازية كلها وقد بلغني أنه نفل في بعضها يوم حنين وإنما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام في أول مغنم وفيما بعده

(فصل) وقوله أن ذلك على وجه الاجتهاد ليس فيه حدم معروف يريد أنه على وجه الاجتهاد من الامام في مصالح المسلمين وما عودنا فاعهم وليس فيه حدم معروف يريد موثق يلزم المصير إليه على كل حال لأن ما كان مصر وفا إلى اجتهاد الامام يفعل به ذلك ويتركه إذا تركه وما حذب الشرع ليس له النظر فيه ولذلك ما كان الخمس من المغنم لله ولرسوله موثق لم يكن للامام أن يزيد فيه ولا ينقص منه باجتهاده ولما كان أربعة أخماس الغنيمة بين الغانمين على السواء لم يكن للامام أن يزيد من ذلك أحدا لغناؤه ولا ينقص من حظه لضعفه لرأى يراه ولا المصلحة يعقدها وأما النفل فله الزيادة فيه والنقص منه فبان الفرق بينهما

(فصل) وقوله ولم يبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل في مغازية كلها يقتضي نفي ذلك من وجهين أحدهما أن يروى عن أحد من الثقات أنه نفل في مغازية والثاني أن يروى عن ثقة أنه نفل يوم أحد يوم كذا حتى يستوعب ذلك مغازية وهذا اللفظ يقتضي نفي الوجهين وإنما أثبت أنه بلغه أن النبي صلى الله عليه وسلم نفل في بعضها وهو يوم حنين وإنما أراد أن يثبت أن ذلك أمر غير لازم بالشرع وإنما هو بحسب ما يراه الامام ويأذن فيه في بعض المواطن دون بعض ولو كان الأمر لازما في كل غزوة لحكم به النبي صلى الله عليه وسلم في سائر مغازية كما حكم به يوم حنين ولما ثبت أنه حكم به في بعض المواطن ولم يبلغنا أنه حكم به في غيرها ولو حكم به لبغنا كما بلغ حكمه بذلك يوم حنين ثبت أنه إنما يحكم به في بعض المواطن لما كان يرى فيه من المصلحة في ذلك اليوم ولا يحكم به في غيره لما كان يرى من المصلحة في ترك الحكم به في ذلك اليوم

(فصل) وقوله وانما ذلك على وجه الاجتهاد من الامام في أول مغنم وقتما بعده يريدانه قد يرى الامام وجه الصواب في أن يأمر به في أول المغنم وهو ما ذكرناه من أن ينقل السرية فيعطيه ثلث ما يغنمه أو ربعة تختص به دون الجيش لما يرى من المصلحة في ذلك للسرية والجيش وغيرهم وقد يرى الصواب أن يحكم به في آخر المغنم على حسب ما فعل يوم حنين فيفعل ذلك في آخر المغنم والله أعلم

✽ القسم للخيل في الغزو ✽

ص ✽ قال مالك بلغني أن عمر بن عبد العزيز كان يقول للفرس سهمان وللراجل سهم ✽ قال مالك ولم أزل أسمع ذلك ✽ ش يريد للفرس سهم يخصه وهذا يقتضي أن للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم واحد لانه اذا كان للفرس خاصة سهمان وللراجل الذي يركبه سهم كالراجل المفرد فانه يكون للفارس ثلاثة أسهم وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة للفرس سهم واحد وللارسه سهم واحد وللارسه سهمان وللراجل سهم والدليل على ما نقوله ما روى أبو داود عن أحمد بن حنبل حدثنا أبو معاوية حدثنا عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم لرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم ماله وسهمين لفرسه ودليلنا من جهة المعنى ما ذكره الشيخ أبو بكر أن الفرس لما كانت مؤنثة أكثر من مؤنثة فارسه وغناؤه أكثر من غناء الفارس زيد في القسم من أجل ذلك (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يسهم للفرس الرهيص بدرب به كذلك قال مالك فاما المريض فاختلف أصحابنا في سهمه فقال مالك يسهم له وقال أشهب وابن نافع لا يسهم له وجه القول الاول انه على حالة يرجى برؤه ولا يترقب الانتفاع به كالذي يصيبه القيء الخفيف ووجه القول الثاني انه لا يمكن القتال عليه الآن فأشبهه الكسير (مسئلة) وأما الكسير بدرب كذلك فلا خلاف انه لا يسهم له ولو أصابه ذلك بعد الادراب لا يسهم له قاله أشهب وأصبنغ ووجه ذلك انه على حالة لا يرجى برؤه ولا يترقب الانتفاع به وقوله انه يسهم له اذا أصابه بعد ان أدرب ليس بمقتضى قول مالك وانما مقتضى قول مالك انه انما يسهم له اذا أصابه بعد حضور القتال به وانما ذلك القول مبنى على قول ابن الماجشون وهو ينفعوا في قول أبي حنيفة ص ✽ سئل مالك عن رجل حضر بافراس كثيرة فهل يقسم لها كلها فقال لم أسمع بذلك ولا يقاتل عليه ✽ ش وهذا كما قال ان من حضر بافراس كثيرة فكان ممن يسهم له فانه لا يسهم له منها الا مع فرس واحد ولا يسهم لسايرها وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال الأوزاعي وأحمد بن حنبل يسهم لفرسين ولا يسهم لأكثر من ذلك وبه قال ابن وهب من رواية سمعون عنه والدليل على ما نقوله انه انما يسهم لفرس يركبه فارس وأما فرس لا يركبه أحد ولا يقاتل عليه فلا منفعة فيه وهذا الفارس اذا كانت عنده عدة أفراس فانه لا يمكنه أن يقاتل على اثنين منها في وقت واحد ولا يكون فارس فرسين في وقت واحد فوجب أن لا يسهم الا لفرس واحد (مسئلة) واذا كان الفرس بين رجلين فسممهما للذي حضر به القتال وان كان الآخر ركة في أكثر طريقه وعليه للاخر أجرته وان شهدا عليه القتال جميعا فلكل واحد منهما مقدار ما حضر عليه من ذلك وعليه نصف الاجارة قال مالك في كتاب ابن سمعون ووجه ذلك ان المراعى في استحقاق السهم حضور القتال فكان أحقهم بالسهم من حضر عليه القتال وعليه نصف الاجرة كالذي يعمل على الدابة بينه وبين شريكه فان له ما أصاب في ذلك العمل وعليه نصف كراء الدابة في مثل ذلك العمل ص ✽ قال مالك

✽ القسم للخيل في الغزو ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك أنه قال بلغني أن عمر بن عبد العزيز كان يقول للفرس سهمان وللراجل سهم قال مالك ولم أزل أسمع ذلك وسئل مالك عن رجل يحضر بأفراس كثيرة فهل يقسم لها كلها فقال لم أسمع بذلك ولا أرى أن يقسم الا لفرس واحد الذي يقاتل عليه ✽ قال مالك

لأرى البراذين والهجن الامن الخيل لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم قال مالك وأنا أرى البراذين والهجن من الخيل اذا أجازها الوالى وقتل سعيد بن المسيب وسئل عن البراذين هل فيها من صدقة فقال وهل في الخيل من صدقة **ش** وهذا كما قال ان البراذين والهجن من الخيل قال ابن حبيب البراذين هي العظام يربدا الجافية الخلقة الغليظة الأعضاء وليست العرب كذلك فانها أضمر وأرق أعضاء وأحلى خلقة وأما الهجن فهي التي أبوها عربي وأما من البراذين فهي من الهجن وذهب مالك رحمه الله في قوله هذا الى أحد معنيين أحدهما ان اسم الخيل واقع على جميعها وان افرقت في أنواعها فثنا العرب ومنها الهجن والمعنى أن يربداتها من الخيل أي ان حكمها حكمها وان لم يكن اسم الخيل يتناولها ومن ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الأشعرين اذا ملقوا جعوا أزوادهم ونساء وادبا فهم مني وأنا منهم لم يردانه من الأشعرين في النسب ولا أنهم من قريش وإنما أراد ان خلقهم في المساواة أقرب الأخلاق الى خلقه الكريم العظيم صلى الله عليه وسلم واستدلال مالك بالآية يدل على انه أراد ان اسم الخيل يتناول البراذين والهجن لانه تعالى قال والخيل والبغال والحمير فالظاهر انه استوعب ذكر الحيوان المشار الى ركوبه والجل عليه ليعدد نعمه علينا بذكر الانعام وما تحمل عليه منها ثم ذكر الخيل والبغال والحمير فالظاهر انه استوعب هذا الجنس ولم يذكر الهجن ولا البراذين فدل ذلك على ان اسم الخيل يتناولها

(فصل) وقوله وقال تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل الآية ومعنى ذلك أنه اذا ثبت بالآية المتقدمة ان الهجن والبراذين من الخيل ثم قال تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ثبت ان البراذين والهجن محاسمي الله لانها محافدة أمر الله تعالى بان تربط في سبيل الله لينذهب بها الى العدو

(فصل) وقول مالك وأنا أرى ان البراذين والهجن من الخيل اذا أجازها الوالى يربدان حكمها ان سهم لها حكم الخيل قال ابن حبيب اذا أشبهت الخيل في القتال عليها والطلب بها أسهم لها ووجه ذلك ان هذا المقصود من الخيل السكر والفر عليها والطلب بها ولم يشترط ابن حبيب اجازة الوالى لها وانما اشترطه مالك لثلاث يكون من التعلق والدناءة بحيث لا يتنفع بها ولا يمكن القتال عليها فقل هذا يجب أن لا يجيزه الوالى وقال الشيخ أبو بكر اذا لم يكن بها عيب لا يقتل على مثلها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وذلك عندى الى العيب اذا كان العيب أمرا ثانيا لا يرجي برؤاهنه وأما ما يرجي برؤاهنه من القرب كالرئيس فانه لا يمنع السهم قال سحنون واذا دخل دار الحرب بفارس لا يقدر أن يقاتل عليه من كبر أو من صعب لا يركب فهو راجل ولم يكن ينبغي للامام أن يجيزه فهذا يدل على ان على الامام أن يتفقد أمر الخيل فميز منها ما يجب اجازته ويرد منها ما يجب رده مما لا منفعة فيه ولا يمكن القتال عليه (مسألة) واناب الخيل بمنزلة ذكر كورها يسهم لها رواه ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك انه يمكن عليها من القتال والطلب بما يمكن على ذكر كورها فوجب أن يسهم لها كما يسهم للذكر (مسألة) وأما صغار الخيل لا مربي فيها ولا جل فلا يسهم لها فان كان فيه القوة على ذلك أسهم له قال ابن حبيب ووجه ذلك ان هذا مما لا يقاتل على مثله ولا يتنفع به في فرار ولا طلب فلا يسهم له كالكثير (فرع) ولو دخل بفارس صغير فبقى في أرض العدو حتى كبر وصار يقاتل عليه فله من يومئذ سهم فارس دون ما قبل ذلك رواه ابن سحنون عن أبيه بمنزلة من بلغ من الصبيان بأرض

لأرى البراذين والهجن
الا من الخيل لان الله
تبارك وتعالى قال في كتابه
والخيل والبغال والحمير
لتركبوها وزينة وقال عز
وجل وأعدوا لهم ما استطعتم
من قوة ومن رباط الخيل
ترهبون به عدو الله وعدوكم
فأنا أرى البراذين والهجن
من الخيل اذا أجازها
الولى وقتل سعيد بن
المسيب وسئل عن البراذين
هل فيها من صدقة فقال
وهل في الخيل من صدقة

العدو فلا سهم له الا فيما غنوا بعد ذلك (مسألة) وأما ركب البغل والحمار والبرذون الذي لا يحيزه الوالى فانه لا يسهم له ولا يرضخ له
(فصل) قال وقد قال سعيد بن المسيب وسئل عن البراذين هل فيها من صدقة فقال وهل في الخيل من صدقة يريد أن سعيد بن المسيب لما سئل عن صدقة البراذين فأجاب بنفى الصدقة عن الخيل اقتضى ذلك أن البراذين عنده من الخيل والا كان مجيبا عن غير ما سئل عنه وهذا لا يجوز فثبت بذلك أن البراذين من جلة الخيل واسم الخيل يتناولها ولذلك فهم من سعيد بن المسيب نفى الزكاة عن البراذين بنفها عن الخيل والله أعلم

﴿ ماجاء في الغلول ﴾

قال ابن قتيبة سمي غلولا لأن من أخذه كان يعله في متاعه أى يدخله في أضعافه ومنه سمي الماء الجارى من الشجر غللا وقال يعقوب يقال في المغنم غل يغل وغل يغل اذا خان ص ﴿ مالک عن عبد ربه بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس حتى دنت به ناقته من شجرة فتشبكت بردائه حتى نزعته عن ظهره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ردوا على ردائي أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمرتامة نعم القسمة بينكم ثم لا تجدونني بخيلا ولا جبانا ولا كذابا فلما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم قام في الناس فقال أدوا الخائط والمحيط فان الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة قال ثم تناول من الارض وبرة من بعر أو شيئا ثم قال والذي نفسي بيده ما لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس والخمس مردود عليكم ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من حنين يريد حيث أصاب هو اذن أن يعمر منها وحنين يقرب أموالهم وذرارهم فصدر يريد الجعرانة وهي طريقه الى مكة ولعله أراد أن يعمر منها وحنين يقرب من الجعرانة فسأله الناس قسم تلك الغنائم وضائقوه في طريقه لالحاحهم عليه بالمسئلة حتى ألقوه الى سمرة فدنت ناقته منها فعلق بردائه وهو للثوب الذي يلقيه على ظهره فنزعته عن ظهره
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ردوا على ردائي يريد ثوبه الذي انزعته السمرة منه أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم يريد الانكار لكثرة سؤالهم اياه لأن ذلك سؤال من يخاف أن يمنع حقه وأما من كان له حق في الغنمة يتيقن أنه سيعطاه ويستوفيه فلا يجب أن يسأل ومن لم يكن له حق في الغنمة فيستغنى عن اللاحاح لما علم من حال النبي صلى الله عليه وسلم وأنه سيعطى من له سهم سهمه ويعطى من لا سهم له من الخمس على قدر ما يستحقه وتلك قسمة أخرى في الخمس تتناول من له حق في الغنمة ومن لا حق له فيها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمرتامة لقسمة بينكم قسمه صلى الله عليه وسلم على سبيل الانكار عليهم لعلهم وكثرة اللاحاحهم عليه بالسؤال فيما قد عرف من حاله أنه لا يمنع حتى انهم قد اعتقدوا فيه المنع وهذا مما لا يفعله فقهاء الصحابة ولا فضلاء المهاجرين والانصار وانما يفعله قوم من المؤلفة قلوبهم أو من قرب اسلامهم ولم يتمكن الفقهاء بعد في نفسه ولا عرف أن على النبي صلى الله عليه وسلم من أحكام الشريعة تفرقة أربعة أخماس من الغنمة على الغنائمين ورد الخمس عليهم وعلى غيرهم من المؤمنين فأقسم صلى الله عليه وسلم لو كان ما أفاء الله عليهم في البكرة

﴿ ماجاء في الغلول ﴾
﴿ حذثنى يحيى عن مالك عن عبد ربه بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس حتى دنت به ناقته من شجرة فتشبكت بردائه حتى نزعته عن ظهره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ردوا على ردائي أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمرتامة نعم القسمة بينكم ثم لا تجدونني بخيلا ولا جبانا ولا كذابا فلما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم قام في الناس فقال أدوا الخائط والمحيط فان الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة قال ثم تناول من الارض وبرة من بعر أو شيئا ثم قال والذي نفسي بيده ما لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس والخمس مردود عليكم ﴾

مثل سمرتها منعا لما منعه ذلك من أن يقسمه بينهم
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ثم لا تجدونى بخيلا ولا جبانا ولا كذابا يحتمل أن تكون ههنا
ثم بمعنى الواو فيكون تقديره أني أقسم عليكم ما أفاء الله عليكم ولا تجدونى بخيلا بشئ من ذلك ولا
تجدونى جبانا ولا كذابا ويحتمل أن تكون ثم على بابها في الترتيب والمهلة فيكون معنى ذلك أني
أقسم عليكم جميع ما أفاء الله عليكم ثم لا تجدونى بعد هذا بخيلا بما يكون لي منعه وصرفه إلى سواكم
ولا كذابا ولا جبانا وخص هذه الصفات بنفسها عن نفسه قال بعض المفسرين لأن وجود
أضدادها من الجود والصدق والشجاعة من صفات الامام فنفي صلى الله عليه وسلم عن نفسه النقص
التي لا يصح أن تكون في الامام ولا يصح أن يكون اماما من كانت فيه وعلى هذا ما قاله عمران
صفات الامام أكثر من هذه الصفات وهي إحدى عشرة صفة فقد كان يجب على هذا أن ينفي عن
نفسه أضداد جميعها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندي أن يكون انما نفي عن نفسه هذه
الثلاث الخلال لأنها مختصة بالحالة التي كان عليها لأنهم كانوا أسألوهم ما أفاء الله من الغنائم والمال فأقسم
أنه يقسم جميعها بينهم ولا يجدونه بخيلا ولا كذابا فيما بعده من قسمتها ولا جبانا يحتمل أن يريد
به عن عدو يظهر في الله عليه وأغنم مثل هذه الغنيمة وأكثر منها ويحتمل أن يريد جبانا عن
السائلين له وأن قسمته التي عليهم لا يفعلها عن جبن وضعف عن منعه وانما يفعلها طاعة لله تعالى
في أمره وتفضلا على أمته

(فصل) وقوله فلما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم قام في الناس فقال أدوا الخائط والخيط
يريد لما نزل من مركبه ذلك ولعل نزوله كان بالجرعانة لقسمة الغنائم وكانت الجرعانة إذا ذك
دار حرب وهذا يقتضي أن قسمة الغنيمة انما تكون في دار الحرب وبهذا قال الشافعي وقال
أبو حنيفة لا يقسم في دار الحرب والدليل على صحته في الحرب ما ذهب اليه مالك (مسألة) وأما
الخائط والخيط فان الخائط واحد الخيوط والخيط الابرة ومن رواه الخياط فقد يكون الخياط
الخيوط ويكون الابرة قال الله تعالى حتى يبلغ الجمل في سم الخياط ومعنى ذلك الأمر باداء القليل
التافه واذا وجب رد القليل فبأن يجب رد الكثير الذي له القدر والقيمة أولى وهذه المسئلة
كقوله تعالى ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤده اليك ومنهم من أن تأمنه بدينار لا يؤده
اليك فمن أدّى القنطار فهو أقرب إلى أن يؤدى الدينار ومن لم يؤد الدينار فهو أبعد إلى أن يؤدى
القنطار فاذا وجب أداء الخيط والابرة من الغنيمة فبأن يجب أداء الثوب والعين أولى وأحرى وفي
الموازنة وسع ابن القاسم فيما لا آمن له مثل الخرقه برفع بها أو الخيط بخيط به أو مسله أو ابرة فقال له أن
ينتفع به وقاله أصبغ وقال لا خلاف فيه قال مالك والذي برد الخيط والسكة ومثله مما تمته دانق
وشبهه أخاف أن يرأى بذلك وليس يضيق على الناس وروى أشهب عن مالك في العتية ما كان ثمنه
درهم ونحوه أن يجسه ولا يبيعه فعنى قوله صلى الله عليه وسلم أدوا الخائط والخيط انما هو على وجه
المبالغة لا على معنى انما يقع عليه اسم خيط من وبرأ وأقل من ذلك يجب نقله ورده إلى الغنائم وهذا
كما قال صلى الله عليه وسلم ما لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذا ثم تناول وبرة من الأرض ومعلوم أن
مثل هذا لا يجب أدائه ولا يمكن الاحتراز منه ومن أخذه من غير غيره لغير أدى فلا يأنم بذلك
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فان الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة الغلول السرقة
من المغنم فمن خان منه شيئا فقد غل وأما الشنار فهو بمعنى العيب والعار قال أبو عبيدة الشنار العيب

والعار وأنشد للقطامي

ونحن رعية وهم رعاة * ولولا رعيهم شنع الشنار

فأمر صلى الله عليه وسلم بإداء القليل والكثير من المغنم فمن أخذ منه شيئاً بغير حقه فهو عليه يوم القيامة عار ونار وشنار

(فصل) وقوله ثم تناول من الأرض وبرة من بعير أو شيئاً يريد ما هو غاية في النذارة والقلّة والقبس

ثم قال صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده ما لي مما أفاء الله عليكم إلا الخس يريد أن أربعة أخماسه

لهم لا حق له صلى الله عليه وسلم فيه وإنما له أخذ الخس فهو له بمعنى التصرف والاجتهاد في رده عليهم

ولذلك قال والخس مردود عليكم يريد ذلك الخس لأنه ليس في الغنيمة شيء يوصف بالخس ينفرد

بحكم غير الخس الذي تقدم ذكره وهذا يدل على أن الخس إنما يصرفه الإمام على قدر ما يرى من

اجتهاده في مصالح المسلمين وأنه ليس فيه حق معين لأحد ص عن مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد

ابن يحيى بن حبان عن ابن أبي عمرة أن زید بن خالد الجهني قال توفي رجل يوم حنين وانهم ذكروه

لرسول الله صلى الله عليه وسلم فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلوا على صاحبكم

فتغيرت وجوه الناس لذلك فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن صاحبكم قد غل في

سبيل الله قال ففتحنا متاعه فوجدنا خرزات من خرز يهود ما يساوين درهمين عن ش قوله توفي

رجل يوم حنين كذا وقع في كثير من النسخ وهو غلط والصواب يوم خيبر وكذلك رواه الآيات

ويدل على ذلك أنه قال فوجدنا خرزات من خرز يهود ولم يكن يوم حنين يهود يؤخذ خرزهم

والقصة مشهورة وإنما كان ذلك إذ فقت خيبر

(فصل) وقوله فذكروا فأنزل النبي صلى الله عليه وسلم لكي يصلي عليه رجاء بركة صلاته ودعائه

صلى الله عليه وسلم وقوله صلى الله عليه وسلم صلوا على صاحبكم امتناعاً مما قصدوه فذكر ذلك له من

الصلاة عليه وقد علم من حاله صلى الله عليه وسلم أنه لا يمتنع من الصلاة الأعلی من لا رضى حاله وأنه قد علم

أنه أحدث حدثاً يمنع من الصلاة عليه أما يخبره بذلك عنده من يشهد بذلك عليه أو يحى يوحى إليه

وهذه سنة في امتناع الأئمة وأهل الفضل من الصلاة على أهل الكبرياء على وجه الردع والزجر عن مثل

فعلهم وأمر غيرهم بالصلاة عليه دليل على أن لهم حكم الإيمان لا يخرجون عنه بما أحدثوه من معصية وقد

روى ابن سخون عن أبيه عن معن عن مالك أنه قال لا بأس أن يصلى على من غل وذلك يحتمل

وجهين أحدهما أن يريد به أن يصلى عليه غير الإمام والثاني أن الإمام يخبر أن شاء صلى وإن شاء ترك

وإن ما فعل النبي صلى الله عليه وسلم من الامتناع من الصلاة على من غل لم يكن على وجه المنع من

الصلاة عليه وإنما كان ذلك لأنه رأى ذلك في ذلك الوقت أفضل وإن لم ير الصلاة في وقت تكون

الصلاة أفضل أن يصلى وقد قال صلى الله عليه وسلم في الصلاة على المنافقين إن خيرت فاخترت

(فصل) وقوله فتغيرت وجوه الناس يحتمل أن يريد به وجوه المؤمنين لا متناعه صلى الله عليه وسلم

من الصلاة على من هو من جلتهم ولا يعلمون له ذنباً انفرده بخافوا أن يكون ما منع من الصلاة عليه

أمر أشملهم فيهلكوا بذلك ويحتمل أن يريد به قبيلة وطائفة تغيرت وجوههم لما يخصهم من أمره

ولما خافوا أن يكون ذلك للمعنى شائع فيهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم إن صاحبكم قد غل على وجه التبيين للمعنى الذي منعه من الصلاة

عليه وفي ذلك زجر عن الغلول وإذهاب لما في نفس من لم يغفل وأمان له من امتناعه صلى الله عليه وسلم

من أن يصلى عليه ولما سمع المسلمون ذلك فتحوا متاعه لينظروا هل يجدوا ما غل فيه فيردوه إلى الغنائم

* وحدثني عن مالك عن

يحيى بن سعيد عن محمد

ابن يحيى بن حبان عن

ابن أبي عمرة أن زید بن

خالد الجهني قال توفي رجل

يوم حنين وانهم ذكروه

لرسول الله صلى الله عليه

وسلم فزعم زيد أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم

قال صلوا على صاحبكم

فتغيرت وجوه الناس

لذلك فزعم زيد أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم

قال إن صاحبكم قد غل

في سبيل الله قال ففتحنا

متاعه فوجدنا خرزات من

خرز يهود ما يساوين

درهمين

ولعله قد فعل ذلك أولياؤه فوجدوا خمرات من خمر يهود يحتمل أنهم عرفوا أنها من الغنائم
لأنهم انفصلوا عن غنائم اليهود بخير ولم يكن عندهم مثل هذا من المتاع لاسيما في ذلك الموضع الذي
لا يحمل فيه الخرز زينة ولا بيع فعلموا بذلك أنها غل من الغنائم ويحتمل أن يكون عرف ذلك من
رأها من دور اليهود فظن أنه قد أداها فلما وجدها في متاعه بعد موته عرفها ووصفها بذلك على معنى
الاعلام بجنسها وقلة الانتفاع بها كما أخبر بقيمتها يعلم بتفاهة قيمتها وإن أخذ هذا المقدار على تفاهته
على هذا الوجه من جلة الكبائر التي تمنع من صلاة النبي صلى الله عليه وسلم وصلاة الأئمة وأهل
الفضل على من فعل ذلك ورضيه واستأثر به على جماعة المسلمين والله أعلم ص * مالك عن يحيى
ابن سعيد عن عبد الله بن المغيرة بن أبي بردة الكنانى أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى
الناس في قبائلهم يدعولهم وأنه ترك قبيلة من القبائل قال وإن القبيلة وجدوا في برذعة رجل منهم
عقد جزع غلولا فأتاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكبر عليهم كما يكبر على الميت * ش قوله
إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى الناس في قبائلهم يدعولهم يريد أن القبائل تحبذ في نزولها
تنزل كل قبيلة في جهة فأتى النبي صلى الله عليه وسلم الناس في قبائلهم يريد في مواضعهم التي تحبذوا
فيها للقبائل يدعولهم يريد أن أتياها القبيلة إنما كان للدعاء لها استئلافا للمسلمين واحسانا إليهم
وارادة أن تعيهم بركة دعائه صلى الله عليه وسلم على وجه التخصيص به لكل قبيلة وتركه صلى الله
عليه وسلم قبيلة من تلك القبائل لم يأثمهم ولا دعاهم تنبيها على فعل وجد منهم منع من ذلك ويحتمل
أن يكون صلى الله عليه وسلم فعل ذلك الفعل بعينه بالوحي ويحتمل أن يعلم أن ثم معنى يجب أن يمتنع
من أجله وإن لم يعين له ذلك الفعل

(فصل) وقوله وإن القبيلة وجدوا في برذعة رجل منهم عقد جزع غلولا والجزع حجارة يتخذونها
أمثال الخرز فتنظم فيه القلائد والعقود وكان ذلك الرجل قد غل ذلك العقد وصيره في برذعته وهي
الفراش المبطن فلما علم القوم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يدع الا تيان اليهم والدعاء لهم وقد فعل
ذلك لسائر القبائل الاحدث فيهم كشفوا عن ذلك الحدث وفتشوا متاعهم حتى وجدوا عندهم الغلول
(فصل) وقوله فأتاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكبر عليهم كما يكبر على الميت يحتمل أن يكون
صلى الله عليه وسلم فعل ذلك على وجه الزجر عن مثل ما وجد عندهم من الغلول ولعله صلى الله عليه
وسلم قد أشار بتكبيره عليهم أربعا كما يكبر على الميت إلى أن حكمهم حكم الموتى الذين لا يسمعون
الوعظ ولا يمتثلون الأوامر ولا يجتنبون النواهي وقد قال الله تعالى إنك لا تسمع الموتى ولا تسمع
الصم الدعاء إذا ولوا مدبرين ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم قد أشار بذلك إلى أنهم بمنزلة
الموتى الذين انقطع عملهم وذلك أن كان يعلم أن من فعل ذلك منهم لا يقضى له بتوبة فكان ذلك بمنزلة
الاعلام بسوء مصيره كما قال صلى الله عليه وسلم للرجل المسعى قزمان وقد بلى في قتال المشركين بلاء
عظيما فقال إنه من أهل النار فكانت خاتمة أن قتل نفسه فيكون في هذا الحديث على من غل خاصة
وتماذى على كتمان ما غله وستره ولم يأت به إذا امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من اتيان قبيلته والدعاء
لها ولا صرفه عن سوء معتقده في الاصرار على الغلول حتى فتش متاعه وجد الغلول عنده ولعل
معتقده في الايمان كان على مثل هذا فكان تكبير النبي صلى الله عليه وسلم كتكبيره على الميت
اعلاما بأنه في حكم الميت على ذلك الفعل والمعتقد وأنه لم يقض له بتوبة نسأل الله تعالى العفو والعافية
والعصمة برحمة ص * مالك عن ثور بن زيد الديلي عن أبي الغيث سالم مولى ابن مطيع عن

* وحدثنى عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن عبد
الله بن المغيرة بن أبي بردة
الكنانى أنه بلغه أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أتى
الناس في قبائلهم يدعولهم
وأنه ترك قبيلة من القبائل
قال وإن القبيلة وجدوا
في برذعة رجل منهم عقد
جزع غلولا فأتاهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم
فكبر عليهم كما يكبر على
الميت * وحدثنى عن
مالك عن ثور بن زيد
الديلي عن أبي الغيث سالم
مولى ابن مطيع عن

أبي هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر فلم نغنم ذهابا ولا ورقا الا الاموال الثياب والمتاع قال فأهدى رفاعه بن زيد رسول الله صلى الله عليه وسلم غلاما أسود يقال له مدغم فتوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وادي القرى حتى اذا كنا بوادي القرى بيننا مدغم يحيط رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاءه سهم عائر فأصابه فقتله فقال الناس هنيئلا الجنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلا والذي نفسي بيده ان الشملة التي أخذ يوم حنين من المغنم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليها نارا قال فلما سمع الناس ذلك جاء رجل بشراك أو شراكين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراك أو شراكين كان من نار ~~ش~~ قوله عام حنين كذا قال عن مالك بن يحيى بن يحيى وابن القاسم والقنبي وقال جماعة من الرواة عن مالك عام خيبر وقوله فلم نغنم ذهابا ولا ورقا الا الاموال الثياب والمتاع الذي يظهر ان المراد من الاموال الثياب والمتاع دون الورق والذهب ويقال انها لفعة دوس والأظهر من لغة سائر العرب ان المال كل ما تمول وعلى هذا التأويل يكون قوله الا الاموال المتاع والثياب استثناء من غير جنس لانه استثنى الأموال التي هي المتاع والثياب بمال وهي الذهب والورق ويحتمل وجها آخر وهو أن يكون اسم المال واقعا على الورق والذهب والثياب والمتاع فيكون قوله فلم نغنم ذهابا ولا ورقا يعني انه لم يغنم من المال ما هذه صفة ثم استثنى من ذلك فقال الا الاموال التي هي الثياب والمتاع فيكون استثناء من الجنس

(فصل) وقوله فأهدى رفاعه بن زيد الجندى لرسول الله صلى الله عليه وسلم غلاما أسود يقال له مدغم ومعنى ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل الهدية من كل فرد منهم قال سحنون في كتاب ابنه ولذلك قبل هدية المقوقس أمير مصر والاسكندرية وهدية كيدر دومة ولم يقبل هدية غياض المجاشعي وقد قال بعض من تكلم على هذا الحديث ان هذا خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره من الأمراء وتعلق في ذلك بحديث أبي حميد أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل على الصدقة رجلا يقال له ابن التنية فلما جاء قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفلا جلس في بيت أبيه فينظر هل يهدي له وهذا التأويل غير صحيح وذلك أن قوله هدية مشرك ليس في طاعته ولا يجري عليه حكمه لا يخلو من احدي حالتين اما أن يكون الكافر المهدي في حال منعة وقوة فأهدى الى الخليفة أو الأمير فقد قال سحنون انه لا بأس أن يقبلها وهي له خاصة وليس عليه أن يكافئه وقال الأوزاعي يكافئه من بيت المال وهي للمسلمين وقال سحنون وان كان الروم في ضعف والمسلمون مشرفون عليهم فقصدا وبذلك توهين عزهم فهذه رشوة لا يحل قبولها وقاله ابن القاسم من رواية عيسى عنه قال وهو بخلاف أن يهدي العليج لرجل من المسلمين هدية تكون له خاصة زاد ابن المواز عن ابن القاسم وقال الا أن يتبين له أنه يهدي للامير لغير سبب الجيش لمودة قرابة ومكافأة أو غير ذلك مما يدل على انه لخاصته فذلك له وأما رده صلى الله عليه وسلم هدية غياض المجاشعي وقوله انا لا تقبل هدايا المشركين فيحتمل ان صح الحديث أن يكون على الوجه المنوع وانه أراد بذلك ابطال حق من حقوق المسلمين وأما انكاره صلى الله عليه وسلم على ابن التنية قوله هذا أهدي لي فانه كان عاملا وهذه رشوة لان عامل الصدقة لا يهدي اليه الا ليرك للمهدي حقا وجب عليه أو يكف عنه ظلمه واذا ثبت ذلك لازمه من غير رشوة واذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب انه يقبلها الامير وتكون لاهل الجيش قال ولا حجة لاحد في هدية المقوقس للنبي صلى الله عليه وسلم يريد الاختصاص بهادون

أبي هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر فلم نغنم ذهابا ولا ورقا الا الاموال الثياب والمتاع قال فأهدى رفاعه بن زيد رسول الله صلى الله عليه وسلم غلاما أسود يقال له مدغم فتوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وادي القرى حتى اذا كنا بوادي القرى بيننا مدغم يحيط رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاءه سهم عائر فأصابه فقتله فقال الناس هنيئلا الجنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلا والذي نفسي بيده ان الشملة التي أخذ يوم خيبر من المغنم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليها نارا قال فلما سمع الناس ذلك جاء رجل بشراك أو شراكين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شراك أو شراكين كان من نار

قبولها وهذا وجه يحتمل وأما رد هافليس بقول لاحد من أصحابنا على ان قول ابن حبيب بين في التخصيص فانه كان ما يأخذه من ذلك لا يتميز له ولا يورث عنه وانما كان يستعمله في مصالح المسلمين ثم يرجع اليهم بعد ذلك ولو استعمله الامير اليوم على هذا الوجه لجازله ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما ان كان المهدي يجري عليه أحكام حكم المهدي اليه فقد قال سحنون وأشهب لا تقبل هديته مسلما كان أو كافرا ووجه ذلك ان هديته اليه انما تكون لدفع مظامة يجب عليه دفعها أو ترك حق لا يحل له تركه وقد روى ابن نافع عن مالك في السرية يبعثها الوالي فيرجعون بالقواكه فيهدون اليه مثل ففة عنب أو تين لأبأس به وتركه أمثل لانكره له قبول مثل هذا في الغزو ووجه اباحة ذلك ان مثل هذا لا يهدي الا لموضع الحاجة اليه وعدم وجوده مع تفاهة قيمته هناك

(فصل) وقوله حتى اذا كنا بوادي القرى بيننا مدغم يحط رحل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمعنى الاستعداد بالعيد والاستعانة به في مثل هذا من الاعمال لا سيما لمن يجب أن يفرغ نفسه للنظر في أمور المسلمين ومكان نزولهم وتحفظهم من عدوهم وتحصنهم بما يتقى عليهم منه في بلد الحرب ومكان القتال (فصل) وقوله جاءه سهم عائر فأصابه فقتله السهم العائر الذي لا يدري من رمى به يريد انه أصابه في غير قتال وانما رمى به من قصدا لجملة ولم يقصد مقاتلا بريته والله أعلم

(فصل) وقوله فقال الناس هنيئالة الجنة على ما اعتقدوا من انه شهيد اذ قتل في خدمة النبي صلى الله عليه وسلم في سبيل الله فقال صلى الله عليه وسلم كلاً والذي نفسي بيده ان الشملة التي أخذها يوم حنين أو خير من المغانم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه نار اظاها هذا القول انما اشتعل عليه نار الانه أخذها من المغانم بغير قسمة ولا حق وانما أخذها غلوا ويحتمل أن يكون أخذها غير محتاج اليها للبسه فلذلك اشتعلت عليه ناراً أو أخذها محتاجا اليها ثم أمسكها بعد القسمة وبعد الرجوع الى بلاد المسلمين وقد قال ابن القاسم في الموازية وما احتاج اليه في السرية من ثوب يلبسه أو دابة يركبها أو يحمل عليها علفاً لذلك اذا كان اذا بلغ العسكر واستغنى عنه جعله في المقاسم وروى ابن وهب وعلى بن زياد عن مالك في المدونة لا ينتفع بدابة ولا سلاح ولا ثوب (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فنأخذ شيئاً من ذلك محتاجا اليه رد في المغنم اذا استغنى عنه فان فاته ذلك فقد روى أشهب عن مالك يبيع ذلك ويتصدق بثمنه ووجه ذلك انه قد تعدر رده الى مستحقه فله ان يبيعه ويتصدق بثمنه لتم منفعة المسلمين بسد فاقة فقير من فقرائهم أو مرفق لجماعة فقراءهم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لتشتعل عليه نار ايدل على ان من المؤمنين من يعاقب بالمعاصي ممن شاء الله أن يعاقبه الا أن الايمان سيعود عليه بعد ذلك بالجنة يدل على ذلك ان من سمع ذلك من المسلمين اتوا بما عندهم من الغلول مخافة أن يصيبهم مثل ذلك ولو فهموا منه ان ذلك يختص بأهل الكفر لما ردوا مؤمن ما عنده لانه لا يخاف ذلك مع وجود ايمانه ولما خاف المؤمنون وقال النبي صلى الله عليه وسلم لما ردوه من الشرك شركاً أو شركاً كان من نار علم ان الايمان لا يمنع من ذلك وانما يمنع من ذلك تفضل الله تعالى بالعفو عن العاصي وانما الذي يمنع منه الايمان بفضل الله الخلود في النار

(فصل) وقوله فجاء رجل بشراك أو شركاً كين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم شركاً أو شركاً كان من نار يقتضي ان من غل مثل هذا فانه يعاقب بمثله من النار وقد يحتمل أن يكون الشرك والشراك كان لهما القية ويكون ثمنه الدراهم فمثل هذا لا يحل أخذه

على رواية ابن وهب وابن نافع لانه ليس بطعام ويجوز أخذه على رواية ابن القاسم للحاجة اليه وعدم وجوده للشراء لانه يلزم رده عند الاستغناء عنه (مسئلة) فمن أخذ مثل هذا على مذهب ابن وهب على أى وجه كان أو على مذهب ابن القاسم غير محتاج ثم تاب فجاء نائباً به فانه يؤخذ منه ولا نكال عليه قال ابن حبيب وقاله ابن القاسم وذلك ان من تاب قبلت توبته وسقطت عنه العقوبة التي تمنع التعزير وانما ثبت الحدود والله أعلم (مسئلة) فان تفرق الجيش تصدق عنهم قاله مالك وقال الليثان تفرق الجيش جعل خمسة في بيت المال وتصدق بمائتي

(مسئلة) وان ظهر عليه قبل أن ينفصل منه فانه يؤدب ويتصدق بمثله قاله مالك في كتاب ابن المواز وأكرم مالك أن يحرق رحله وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال الاوزاعي يحرق متاعه كله الا سلاحه ونياجه وبه قال أحد واسحق والحديث الذي روى صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من غل فاحرقوا متاعه انفرده صالح بن محمد وهو مدني تركه مالك وليس ممن يحتج بحديثه ص * مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه عن عبد الله بن عباس أنه قال ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب ولا فشا الزنا في قوم قط الا كثرت فيهم الموت ولا نقص قوم المسكيات والميزان الا قطع عنهم الرزق ولا حكم قوم بغير الحق الا فسافهم الدم ولا ختر قوم بالعهد الا سلب الله عليهم العدو * ش قوله ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب يحتمل أن يكون هذا عما بلغه من الكتب المتقدمة وصحح ذلك عنها التجربة ويحتمل أن يكون ذلك بتجربة قد جرب بها الناس قبله فصحيح قولهم وماز عموما من ذلك ويحتمل أن يكون ذلك بتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم والاظهر أنه لو كان بتوقيف لبينه لأنه انما قصد الزجر والردع عن مثل هذا الفعل والزجر انما يكون عن مثل هذا بقول النبي صلى الله عليه وسلم فلو نقله عن النبي صلى الله عليه وسلم لكان ذكره عن النبي صلى الله عليه وسلم أبلغ في الزجر وأتم في الموعظة وأقرب من القبول وماذ كرم من هذه العقوبات انها تكون عند ما ذكروا من المعاصي يحتمل أن يكون ذلك اذا كثرت هذه المعاصي وأعلن بها ولم يكن منكرها قال الله تعالى فلو لا كان من القرون من قبلكم أولو بقية ينهون عن الفساد في الارض الا قليلا ممن أنجينا منهم وروى عنه صلى الله عليه وسلم

* الشهداء في سبيل الله *

ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لو ددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل ثم أحيأ فأقتل ثم أحيأ فأقتل ثم أحيأ فأقتل فكان أبو هريرة يقول ثلاثاً شهد بالله * ش قوله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لو ددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل قسمه صلى الله عليه وسلم على معنى التحقيق والتأكيده لا على معنى استفادة التصديق لأنه قد علم صدقه من غير عيبين فقال لو ددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل بمعنى أن يجاهد في سبيل الله ويقاثل فيه دون أن يكون لحية ولا لظهور مكافأة ولا لاستجلاب أمر من أمور الدنيا فيقتل في ذلك وكرر ذلك ثلاثاً على المعروف من حاله أنه كان اذا ذكر القول كرره ثلاثاً وقد تمنى النبي صلى الله عليه وسلم هذه الدرجة وتكرر القتل في سبيل الله وان كان قد عرف أنه لا يجوز ذلك وان أحد الاحياء في الدنيا بعد موته لما في ذلك من تعظيم ثواب الشهادة واستسهال القتل وألم الجراح ثلاث مرات لما علم من تعظيم ثواب الشهيد وتبني الثواب والعمل الصالح جاز وان تبني المكلف منه ما لا يظيقه ولا

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه عن عبد الله بن عباس أنه قال ما ظهر الغلول في قوم قط الا ألقى في قلوبهم الرعب ولا فشا الزنا في قوم قط الا كثرت فيهم الموت ولا نقص قوم المسكيات والميزان الا قطع عنهم الرزق ولا حكم قوم بغير الحق الا فسافهم الدم ولا ختر قوم بالعهد الا سلب الله عليهم العدو * الشهداء في سبيل الله *

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لو ددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل ثم أحيأ فأقتل ثم أحيأ فأقتل فكان أبو هريرة يقول ثلاثاً شهد بالله

سبيل له اليه لأنه تمنى خيرا وعمل صالح يقرب من الله ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يضحك الله إلى رجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل فيقاتل فيستشهد * ش قوله صلى الله عليه وسلم يضحك الله إلى رجلين يريد والله أعلم أنه يفعل بهما ويتلقاهما من الثواب والنعام والاكرام بما يتلقى به الضاحك المسرور لمن يقدم عليه من ذلك ويحتمل أن يريد به يضحك ملائكته وخزنة جنته أو حلة عرشه إلى هذين الرجلين على معنى التبشير لهما والاعلام لهما بما يقدمان عليه من فضل الله تعالى ورحمته ونعمته

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم إلى رجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة وذلك أن مثل هذا غير معروف لأن قتل أحدهما الآخر على معنى المخالفة في الدين والشريعة يقتضى بمسئور الشرع أن يكون أحدهما وهو المحق من أهل الجنة وأن يكون الثاني وهو المبطل من أهل النار وهذه القصة على خلاف ذلك فانهما يدخلان الجنة ولعلم ما يكونان من الذين قال الله تعالى ونزعنا ما في صدورهم من غل اخوانا على سرر متقابلين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل يحتمل أنه كان كافرا فآتيتوب من كفره بالآيمان فيسقط عنه جميع ما فعله في حال كفره من قتل المسلم وغيره وقد قال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقال تعالى انما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب فأولئك يتوب الله عليهم وكان الله عليا حكيما فان كانت التوبة بالآيمان تسقط القتل للمسلم وغيره فاذا قاتل بعد ذلك فاستشهد دخل الجنة مع الذي قتله

ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لا يكلم أحد في سبيل الله والله أعلم بمن يكلم في سبيله الا جاء يوم القيامة وجرحه يشعب دما اللون لون دم والريح ريح مسك * ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يكلم أحد الا يجرح والكوم الجراح ثم قال صلى الله عليه وسلم والله أعلم بمن يكلم في سبيله على معنى أن هذا الحكم ليس على الظاهر أن من كان يقاتل في حيز المسلمين أنه ممن يقاتل في سبيله ويكلم في سبيله لأنه قد يكون في حيز المسلمين ويقاتل حية ويقاتل ليرى مكانه ويقاتل للغنم ولا يكون لأحد من هؤلاء هذه الفضيلة حتى يقاتل في سبيل الله لتكون كلمة الله هي العليا فتكلم على هذا الوجه فحينئذ يكون ممن يجي يوم القيامة وجرحه يشعب دما يريد والله أعلم أن لون ذلك الدم لون الدم وريحه ريح المسك وهذا دليل على فضيلته وعلو درجته وماله عند الله من الثواب الجزيل ص

* مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم لا تجعل قتلي بيد رجل صلى لك سجدة واحدة يحاجني بها عندك يوم القيامة * ش في سماع ابن القاسم سئل مالك عن قول عمر هذا فقال يريد بذلك انه ليس لغير أهل الاسلام حجة عند الله * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أن يكون عمر بن الخطاب رضى الله عنه علم انه يقتل امام خبر النبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول ذلك في صحته واما أن يكون اماما علم ذلك بعد أن جرح وعلم انه يموت من جرحه ذلك فكرر قوله ذلك حنقا على من قتله واشفاقا من أن يكون من الموحدين الذين سجدوا لله سجدة فيكون لهم بها حجة تمنع من خلودهم في النار ويحتمل أن يقولها شفاقا على المؤمنين أن يصيبه مؤمن فيعذب بقتله لعمر رضى الله عنه ويحاج عمر في الموقف بأنه مؤمن سجد لله تعالى فتكون حجة بالآيمان تمنع عمر من الحرص على تعذيبه بالنار وان كان قد تولى قتله وأذاه بالم

* وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يضحك الله إلى رجلين يقتل أحدهما الآخر كلاهما يدخل الجنة يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ثم يتوب الله على القاتل فيقاتل فيستشهد * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذي نفسي بيده لا يكلم أحد في سبيل الله والله أعلم بمن يكلم في سبيله الا جاء يوم القيامة وجرحه يشعب دما اللون لون دم والريح ريح مسك * وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم لا تجعل قتلي بيد رجل صلى لك سجدة واحدة يحاجني بها عندك يوم القيامة

الجراح التي أدته الى الموت ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان قتلت في سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر أ يكفر الله عني خطاياي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فلما أدبر الرجل ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف قلت فأعاد عليه قوله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل * ش قوله للنبي صلى الله عليه وسلم ان قتلت صابرا محتسبا يريد صابرا على ألم الجرح وكرهية الموت ومحتسبا لذلك عند الله تعالى ومقبلا على الموت وقتال العدو غير مدبر يريد غير فار ولا متعرف وذلك أعظم للأجر أ يكون ذلك كله مما يكفر الله به عني ما اكتسبت من الخطايا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم يريد ان القتال على هذا الوجه يكفر خطاياها

(فصل) وقوله فلما أدبر الرجل يريد ولي عنه راجعا ومستوعبا لجوابه عما سأل عنه ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له على وجه الشك من الراوي فسأله عما قال أن يعيده عليه مبالغة في تفهم سؤال السائل وتحقيق السؤال وذلك انه لما استوعب كلامه وألتم جاوبه عنه يحتمل أن يكون ذكر بعد ذلك من سؤاله لفظا لم يجاب عنه فأراد أن يتحقق ذلك إذا أمره باعادة السؤال ويحتمل أن يكون ذكر ذلك اللفظ كله غير انه بان له بعد ان جاوبه أن سؤاله يحتمل وجهين غير ما حمله عليه من المعنى وان كان المعنى الذي حمله سائغ فيه والأظهر منه فأمره باعادة السؤال ليتحقق احتمالهما اعتقدا احتماله وذلك بان يزد في سؤاله اذا أعاده شيئا يؤكد كعادته ما ظهر اليه من احتمال أو ينفيه عنه وقوله فلما أعاد عليه سؤاله يحتمل أن يريد انه أعاده عليه مثله مطابقا لمعناه ويحتمل أن يكون أعاد عليه السؤال وان كان قد زاد أو نقص غير ان الأول أظهر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا الدين كذلك قال لي جبريل يريد الا الدين فانه من الخطايا التي لا يكفرها القتل في سبيل الله وقد قال بعض العلماء انما ذلك لانها من حقوق الآدميين وحقوق الآدميين لا تكفرها الحسنات وهذا وجه محتمل وقد كان في أول الاسلام يمنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة على من مات وعليه دين لم يترك له قضاء وظاهر ذلك انه لئلا يتسرع الناس في أكل أموال الناس بغير حاجة ولا رفق في انفاق ثم يموت من مات منهم على ذلك ولا يترك له قضاء فيذهب بأموال الناس بغير حاجة ولا رفق في انفاق ثم لما فتح الله عليه وسلم قال أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك مالا فلو رثته ومن ترك كالا أو ديناً أو ضياعا فلي والى أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال لهذا السائل الا الدين اذا كان يمنع من الصلاة على من ترك ديناً لأداءه فيكون على عمومه ويحتمل أن يكون قاله بعد ذلك ويكون معنى قوله الا الدين لمن أخذه يريد اتلاف أموال الناس ويأخذ من غير وجهه وينفق في سرف أو معصية فهذا حكمه باق في المنع ومثبت ان أحدا من الأئمة قضى دين من مات وعليه دين من بيت مال المسلمين بعد النبي صلى الله عليه وسلم فيحتمل أن يكون هذا الحكم اختص بالنبي صلى الله عليه وسلم بين ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم وهذا لا يكون لأحد بعده

(فصل) اذا ثبت ذلك فان قوله صلى الله عليه وسلم للسائل الا الدين فاستثنى الدين بعد ان قال نعم ولم يستثن شيئا يحتمل وجوها أن يكون سؤاله أولا اقتضى الجواب على العموم دون الاستثناء وسؤاله آخر اقتضى الاستثناء ويحتمل أن يكون السؤال واحدا غير انه جاوب أولا بلفظ عام أو أمر أن

* وحدني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان قتلت في سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر أ يكفر الله عني خطاياي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فلما أدبر الرجل ناداه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر به فنودي له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف قلت فأعاد عليه قوله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل

يجاب به ليكون للجهاد حله على محومه أو تخصيصه بالدليل ثم أعلمه جبريل صلى الله عليه وسلم أنه يجب أن يجعل تخصيصه بالنص عليه للثلايفوت الحكم فيه بأن يكون السائل انما سأل ليستريح الأخذ بالدين ولا ينظر في القضاء فان قتل في سبيل الله كان ذلك يكفر عنه ما اكتسبه من أخذه ديناً لم ينو قضاءه فيتعجل عند خروجه يأخذ الدين فأمره جبريل عليه السلام بأن يعلمه بأن الدين ليس مما يكفره القتل في سبيل الله ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد اعتقد حل ذلك على العموم اما لاجتهاده أو للفظ عام ورد عليه في ذلك فأوحى اليه على لسان جبريل عليه السلام بتخصيص الدين والله أعلم ص **ع** مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لشهداء أحدهم أولاء أشهد عليهم فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ألسنا يرسل رسول الله اخوانهم أسلمنا كما أسلموا وجاهدنا كما جاهدوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدى فبكى أبو بكر ثم بكى ثم قال أئنا لكاثنون بعدك **ع** ش قوله صلى الله عليه وسلم لشهداء أحدهم أولاء أشهد عليهم يحتمل أمرين أحدهما أن يشهد على ظاهرهم من الإيمان وإقام العبادات والجهاد في سبيل الله تعالى واستدامة ذلك إلى أن قتلوا في مجاهدة عدوهم وإن غيرهم ممن بقي بعده لا يشهد على استدامة منهم لذلك إلى موتهم لانه لا يعلم بما يحدثون بعده ويحتمل أيضاً أن يكون شهد على ظاهرهم بما رأه وعلى باطنهم بما علم به وأوحى اليه لانه لو كان فيمن قتل منهم منافق لم ينتفع بهذه الشهادة ولم ينجمه من النار قتاله بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم كما لم ينتفع بذلك قرآن حيث أعلم النبي صلى الله عليه وسلم بباطنه وأنه من أهل النار مع غناؤه وانتفاع المسلمين بجهاده واجتهاده لان ذلك لا ينفع الا مع الإيمان والنية السالمة أن يكون جهاده لتسكون كلمة الله في انجليا فعلى هذا لم يشهد من بقي بعده لانه لا يعلم باستدامة منهم للظاهر الصالح ولم يطلع عند موتهم على انهم خفوا عملهم بما رضى الله تعالى وقوله لم يبلغنا أنه قال ذلك لمن قتل في غير أحد ولا قاله لمن مات في زمنه غير مقتول فلو كان هذا الحكم ثبت لمن استصعب لظاهر العمل الصالح إلى أن مات في حياة النبي صلى الله عليه وسلم لقال من مات في حياتي فأنا أشهد لهم ولم يخص بذلك أهل أحد فقال هؤلاء أنا شهيد عليهم فدل تخصيصهم على أنهم قد اختصوا بأمر وظاهره يحتمل أنه أوحى اليه بباطنهم ويتقبل الله تعالى لعملهم والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر رضي الله عنه ألسنا يرسل الله اخوانهم أسلمنا كما أسلموا وجاهدنا كما جاهدوا على وجه الشفاق لما رأى من تخصيصهم بحكم كان رجوا أن يكون حظهم منه وافرا وان يكون حظ جميع من شركه فيه من الصحابة ثابتا فقال ان عملنا كعملهم في الإيمان الذي هو الأصل والجهاد الذي هو آخر عملهم فهل تكون شهيد لنا كما أنت شهيد لهم فقال صلى الله عليه وسلم بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدى قال قوم ان الخطاب وان كان متوجها إلى أبي بكر فان المراد به غيره ممن لم يعلم صلى الله عليه وسلم بمآل حاله وعمله وما يموت عليه وأما أبو بكر رضي الله عنه فقد أعلم انه من أهل الجنة والنبي صلى الله عليه وسلم شهيد له بذلك لظاهر عمله الصالح ولما قد أوحى اليه وأعلم من رضوان الله تعالى عنه ولكنه لما سأل أبو بكر واعترض بلفظ عام ولم يخص نفسه بالسؤال عن حاله كان الجواب عاما وقد بين تخصيصه بأنه ليس ممن يحدث بعد النبي صلى الله عليه وسلم شيئا مما يحبط عمله بما تقدم وتأخر عن هذا الحال من تفضيل النبي صلى الله عليه وسلم له واخباره بماله عند الله من الخير وتزويل الثواب وكريم المآب **ع** قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي وجه آخر

* وحدثني عن مالك عن
أبي النضر مولى عمر بن
عبيد الله أنه بلغه ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال
لشهداء أحدهم أولاء أشهد
عليهم فقال أبو بكر الصديق
ألسنا يرسل الله اخوانهم
أسلمنا كما أسلموا وجاهدنا
كما جاهدوا فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم بلى
ولكن لا أدري ما تحدثون
بعدى فبكى أبو بكر ثم
بكى ثم قال أئنا لكاثنون
بعدك

وهو أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قال هؤلاء أنا شهيد عليهم بما شاهدت من عملهم في الجهاد الذي أدى إلى قتلهم في سبيل الله ولذلك لم يقل أنه شهيد لمن حضر ذلك اليوم وقاتل وسلم من القتل كعلي وطلحة وأبي طلحة وغيرهم ممن أبلى ذلك اليوم ومن هو أفضل من كثير ممن قتل ذلك اليوم لكنه خص هذا الحكم بمن شاهد النبي صلى الله عليه وسلم جهاده إلى أن قتل ويكون على هذا معنى قوله لا يكرهني الله عنه بلى ولكن لا أدري ما يتحدثون بعدي لم يرد به الحدث المضاد للشرعية وإنما أراد به جميع الأعمال الموافقة للشرعية والمخالفة لها فيكون معنى ذلك أن ما نعملونه بعدي لأشهادته فلا أشهدكم به وإن علمت أن منكم من يموت على ما يرضى الله من الأعمال الصالحة إلا أنهم لم يعين لي فيقال لي أنه يجاهد في موطن كذا وإن الواحد منكم يقتل زيداً أو يقتله عمر وكما شاهدت من حال هؤلاء فلذلك لا أكون شهيداً لكم بنفس الأعمال وتفصيلها كما أشهد على تفصيل عمل هؤلاء وإن شهدت لبعضكم بجملة العمل بالوحي وإعلام الله فلي هذا يكون قوله ولكن لا أدري ما يتحدثون بعدي متوجهاً إلى جميع الصحابة من أبي بكر وغيره

(فصل) وقوله فسبى أبو بكر ثم بكى ثم قال أنا لك كائنون بعدك يريد أنه أطال البكاء وكرره وأظهر معنى بكائه بقوله أنا لك كائنون بعدك كأنه للاشفاق من البقاء بعد النبي صلى الله عليه وسلم والانفراد دون وفقد بركته ونعمة الله على أمته به وهذا يدل على أنه قد فهم أبو بكر رضي الله عنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم بلى ولكن لا أدري ما يتحدثون بعدي أنه لا يخاف أو يجوز أن يكون من أبي بكر حدث يضاد الشريعة ويخالف به من أجله عن سبيل النبي صلى الله عليه وسلم لأن بكاءه لذلك كان أولى له وكان حكمه على ذلك بأن يقول أنا لك كائنون بعدك حديثاً يصد عن سبيلك ويخالف به طريقك ولما لم يقل ذلك ولا بكى من أجله وإنما بكى من أجل فراقه النبي صلى الله عليه وسلم وبكائه بعده علمنا أنه فهم منه ما قد ناذ كرهه والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم جالساً وقبر يحفر بالمدينة فاطلع رجل في القبر فقال بنس مضجع المؤمن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بنس ما قلت فقال الرجل أني لم أجد هذا يا رسول الله إنما أردت القتل في سبيل الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مثل القتل في سبيل الله ما على الأرض بقعة هي أحب إلى أن يكون قبري بها من ثلاث مرات يعني المدينة

* وحديثي عن مالك عن يحيى بن سعيد قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً وقبر يحفر بالمدينة فاطلع رجل في القبر فقال بنس مضجع المؤمن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بنس ما قلت فقال الرجل أني لم أجد هذا يا رسول الله إنما أردت القتل في سبيل الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مثل القتل في سبيل الله ما على الأرض بقعة هي أحب إلى أن يكون قبري بها من ثلاث مرات يعني المدينة

السامعين له أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أقره على قوله أن المدينة بنس مضجع المؤمن (فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم له بنس ما قلت يحتمل إمّا أنه قد أراد عيب القبر وتفضيل الشهادة لكن اللفظ لما كان فيه من الاحتمال ما ذكرناه أنكر عليه اللفظ دون المعنى ويحتمل أن يكون على هذا الوجه أنكر عليه اللفظ والمعنى لأنه لا يجوز أيضاً أن يقول في القبر بنس مضجع المؤمن لأنه له روضة من رياض الجنة وسبب إلى الرحمة والدرجة الرفيعة وإنما يجب أن يقول أن الشهادة أفضل من هذا وإذا كان الأمران فاضلين وأحدهما أفضل من الآخر وجب أن يقال هذا أفضل من هذا ولا يجوز أن يقال في المفضول بنس هذا الأمر وأما المعنى الثاني فإن يكون النبي صلى

لله عليه وسلم اعتقده أنه أراد بذلك ذم الدفن بالمدينة ولذلك لم ينكر على القائل إذا قال لم أر هذا
يارسول الله وإنما أردت القتل في سبيل الله ولو كان فهم منه هذا لكان الأظهر أن يقول له قد فهمت
من ادك ولكن هو مع ذلك خطأ فانك قد جئت بلفظ مشترك أو عبت المفصول مع فضله

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا مثل للقتل في سبيل الله يقتضى تفضيله وظاهر هذا يقتضى
تفضيله على سائر الأحوال وأنه لا مثل له من أحوال الحياة والموت ويحتمل أن يريد به لا مثل له من
أحوال الميتات وصفات الموت لأنه سبب القول فيجوز أن يعمل عليه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ما على الأرض بقعة من الأرض أحب إلى من أن يكون قبري بها
منها ظاهره تفضيل المدينة على ما سواها من الأرض ولذلك أحب أن يكون قبره بها وهذا يقتضى أنه
أحب أن يكون قبره بهادون مكة وقد قيل إن ذلك المعنى الهجرة قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه
وليس عندي بالبين لأنه لو كان كذلك لعلق الحكم بالبقعة ولعلقه بالهجرة والله أعلم وهذا في حال
الاستخبار وليس فيه دليل على أنه فضل أن يكون قبره بالمدينة على القتل في سبيل الله على صفة لا يقبر
فيها وإنما قال ذلك ثلاث مرات لما علم من حاله أنه كان إذا قال قولاً كرره ثلاثاً لعله أن يريد بذلك
الإفهام والبيان والله أعلم

﴿ ما تكون فيه الشهادة ﴾

﴿ ما تكون فيه الشهادة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن زيد بن أسلم أن عمر بن
الخطاب كان يقول اللهم
إني أسألك شهادة في
سنيك ووفاة ببلد رسولك
* وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد أن عمر بن
الخطاب قال كرم المؤمن
تقواه ودينه حسبه
ومروءته خلقه والجرأة
والجبن غرائث يضعها الله
حيث شاء فالجبان يفر
عن أبيه وأمه والجرىء
يقاتل عما لا يؤوب به إلى
رحله والقتل حثف من
الخوف والشهيد من
احتسب نفسه على الله
جل وعز

ص * مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب كان يقول اللهم إني أسألك شهادة في سنيك ووفاة
ببلد رسولك * ش قوله رضي الله عنه اللهم إني أسألك شهادة في سنيك ووفاة ببلد رسولك دعاء
منه رضي الله عنه بأن يجمع بين الشهادة والوفاة ببلد النبي صلى الله عليه وسلم ليكون قبره بها
وهذا يقتضى تفضيله للمدينة على سائر بقع مكة وغيرها ولو كانت مكة عنده أفضل لمتى أن يقتل بها
مسافراً أو حاجاً ولا يكون ذلك نقضاً للهجرة وقد علم من رأى عمر رضي الله عنه تفضيل المدينة وقد
أجمع المسلمون على أن هذا الدعاء مستجاب وأنه رضي الله عنه شهيد وهذا يقتضى أن من قتل على هذا
الوجه وإن لم يقتل في حرب ولا مدافعة فإنه شهيد والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد أن عمر بن
الخطاب قال كرم المؤمن تقواه ودينه حسبه ومروءته خلقه والجرأة والجبن غرائث يضعها الله حيث
شاء فالجبان يفر عن أبيه وأمه والجرىء يقاتل عما لا يؤوب به إلى رحله والقتل حثف من الخوف
والشهيد من احتسب نفسه على الله جل وعز * ش قوله رضي الله عنه كرم المؤمن تقواه يحتمل
أن يكون من قوله تعالى إن أكرمكم عند الله أتقاكم يريد أن كرمه في نفسه وفضله تقواه والله تعالى
وقيل روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الكريم بن الكريم بن الكريم يوسف
ابن يعقوب بن اسحق بن إبراهيم فوضف كل واحد منهم بالكرم لما كانوا عليه من التقوى وقوله
رضي الله عنه ودينه حسبه يريد أن انتسابه إلى الدين هو الشرف والحسب الذي يخصه فأما انتسابه
إلى أب كافر على وجه الفخر به فهو ممنوع وانتسابه إلى أب صالح على أنه بذلك فضلاً لا بأس به غير
أن انتسابه إلى دينه الذي يخصه أتم في الشرف والحسب وقوله رضي الله عنه ومروءته خلقه يريد أن
المروءة التي يحمل عليها الناس ويوصفون بأنهم من ذوى المروآت إنما هي معان مختصة بالأخلاق من
الصبر والحلم والجلود والمواساة والايثار

(فصل) وقوله رضي الله عنه والجرأة والجبن غرائث يضعها الله حيث شاء يريد أنها طبائع يطبع

الله تعالى عليها من شاء ويضعها من الناس فبين شاء لا تختص بشريف ولا وضيع ولا مؤمن ولا كافر ولا بر ولا فاجر فقد توجد في كل صنف من هذه الأصناف

(فصل) وقوله رضى الله عنه فالجبان يفر عن أبيه وأمه والجري يقاتل عن لا يؤوب الى رحله على معنى التفسير لعنى الجري والجبان وان ذلك انما هو بالطبع الذى طبع عليه لا باكتساب ولا بتعلم ولذلك يفر الجبان عن أبيه وأمه مع محبته لهما وحرصه على حياتهما ويقاتل الجري على من لا يؤوب الى رحله نفع انه لا يلزمه أمره ولا يكاد يشفق عليه

(فصل) وقوله رضى الله عنه والقتل حثف من الخوف يريد انه نوع من الموت كال موت من المرض والموت بالغرق والموت بالهلم فهو نوع من أنواع الموت فيجب أن لا يرتاع منه فان الموت لا بد منه وهو كله فطبيع فهذا نوع منه فلا يجب أن يهاب هيبه تورث الجبن ثم قال والشهيد من احتسب نفسه يريد من رضى بالقتل في طاعة الله رجاء ثواب الله تعالى

✽ العمل في غسل الشهداء ✽

ص ✽ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران عن عمر بن الخطاب غسل وكفن وصلى عليه وكان شهيدا رحمه الله ✽ مالك انه بلغه عن أهل العلم انهم كانوا يقولون الشهداء في سبيل الله لا يغسلون ولا يصلى على جنازتهم وانهم يدفنون في الثياب التى قتلوا فيها ✽ قال مالك وتلك السنة فيمن قتل في المعترك فلم يدرك حتى مات قال وأما من حمل منهم فعاش ماشاء الله بعد ذلك فانه يغسل ويصلى عليه كما عمل بعمر بن الخطاب ✽ ش قوله غسل وكفن يريد غسل الميت المشرع وقد تقدم في كتاب الجنائز من الاستيفاء والمنتقى ان الشهادة فضيلة تسقط فرض غسل الميت واستثناف كفته وتسقط فرض الصلاة عليه وهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يغسل ولكنه يصلى عليه وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى يغسل ويصلى عليه والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما روى عن جابر بن عبد الله قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يجمع بين الرجلين من قتلى أحد في ثوب واحد ثم يقول أيهم أكثر أخذنا للقرآن فاذا أشير له الى أحدهما قدمه في اللحد وقال أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة وأمر بدفنهم بدمائهم ولم يغسلوا ولم يصل عليهم ودليلنا من جهة المعنى ان هذامعنى يسقط فرض غسله فوجب أن يسقط فرض الصلاة عليه أصل ذلك الخوف (مسئلة) وهذا لمن خرج مجاهدا في سبيل الله لا يختلف المذهب في ذلك وأما من غزاه العدو في قعر دارة فدفع عن نفسه فقتل فقد قال ابن القاسم يغسل ويصلى عليه وقال ابن وهب وأشهب لا يغسل ولا يصلى عليه وهذا اذا دفع عن نفسه فأما اذا لم يدفع وقتله العدو من غير مدافعة مثل أن يغلبوا عليه في منزله أو يقتل نائما أو يقتل بعد الأسر فقد قال أشهب يغسل ويصلى عليه وقال سحنون وأصبيح لا يغسل ولا يصلى عليه وهذه كانت حال عمر رضى الله عنه فانه في حال غفلة لافى قتال ولا فى مدافعة وقد غسل وصلى عليه بحضرة الصحابة ولم ينكر ذلك أحد فثبت انه اجاع (فرع) وهذا اذا مات المقتول من هؤلاء في موضع القتل فأما من رفع من المعترك ثم مات بعد ذلك فالمشهور من قول ابن القاسم انه من لم يبق فيه الا ما يكون منه في غمرة الموت فانه بمنزلة من مات في المعترك ومن أكل بعد ذلك وشرب فهو كسائر الموتى يغسل ويصلى عليه وقال سحنون إن كل من به جرح لا يقتل قتله الا بقسامة فيغسل ويصلى عليه وإن كان به جرح يقتل قتله من غير قسامة فانه لا يغسل ولا يصلى عليه

✽ العمل في غسل

الشهداء ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب غسل وكفن وصلى عليه وكان شهيدا رحمه الله ✽ وحدثني عن مالك انه بلغه عن أهل العلم انهم كانوا يقولون الشهداء في سبيل الله لا يغسلون ولا يصلى على جنازتهم وانهم يدفنون في الثياب التى قتلوا فيها قال مالك وتلك السنة فيمن قتل في المعترك فلم يدرك حتى مات قال وأما من حمل منهم فعاش ماشاء الله بعد ذلك فانه يغسل ويصلى عليه كما عمل بعمر بن الخطاب

وعمر رضى الله عنه كان قد أنفذت مقاتله فعلى قول سحنون هو بمنزلة من قتل في المعترك وكان يجب على أصله أن لا يغسل ولا يصلى عليه ويجب على مذهب ابن القاسم أن يغسل ويصلى عليه لعنيين أحدهما أنه لم يقتل مدافعا والثاني أنه عاش بعد ذلك وتكلم وشرب وليست هذه شهادة تسقط فرض الغسل والصلاة فإن الشهداء كثير ويصلى عليهم أى على جميعهم ويغسلون إلا من ذكرناه

﴿ ما يكره من الشيء يجعل في سبيل الله ﴾

هكذا قال يحيى بن يحيى في هذه الترجمة وتابعه في ذلك جماعة من أهل الموطأ ويحتمل أن يريد به أنه يكره الشيء الذي جعل في سبيل الله أن يستعمل في غيره ويحتمل أن يريد به أنه يكره أن يؤخذ على وجه التحصيل وعلى غير الوجه الذي يبيحه عاياه من جعله مثل ما فعل الرجل الذي قال للمراجلنى وسحيا وقال ابن بكير في هذه الترجمة باب ما يكره من الرجعة في الشيء يجعل عليه في سبيل الله وتابعه عليه القعنبى وذكر حديث الفرس الذي جعل عليه عمر رضى الله عنه في سبيل الله ثم أراد أن يتناعه من مالك عن يحيى بن سعيد أن عمر بن الخطاب كان يحمل في العام الواحد على أربعين ألف بعير يحمل الرجل إلى الشام على بعير يحمل الرجلين إلى العراق على بعير فجاءه رجل من أهل العراق فقال اخلى وسحيا فقال له عمر بن الخطاب أنشدك الله أسعيم زق قال له نعم ﴿ ش قوله أن عمر بن الخطاب كان يحمل في العام الواحد على أربعين ألف بعير لكثرة من كان يحمله عن يريد السفر فلا يقدر على راحلة يركبها يعجز عن السفر مع حاجته إليه إما لكونه من أهل الآفاق فيعجز عن الرجوع إلى اقله ووطنه وإلهه ولده وأولغير ذلك من الوجوه التي لا يحصى عددها كثرة مما يضطر الإنسان إلى السفر من أجلها فكان يحمل من كانت هذه حاله من أهل الحاجة ولعله أن يكون كان يحمل من يسعى في أمور المسلمين ممن يتعذر عليه راحلة لسفره ذلك فكان عمر بن الخطاب يتخذ من الأبل ما يحمل عليه من مال الله تعالى ويحصى لها الحصى

(فصل) وقوله يحمل الرجل إلى الشام على بعير ويحمل الرجلين إلى العراق على بعير قال الداودى إنما ذلك ليسر أهل العراق وقال غيره إنما كان ذلك لكثرة العدو بالشام وحاجة الناس إلى الغزو في تلك الجهة للجهاد ﴿ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندى أن يكون فعل ذلك لأن طريق العراق كانت أسهل وأعمر وكان طريق الشام من المدينة أوعر وأشق وأخلى من الناس فكان من انقطع به فيها يتعذر عليه موضع مقام أو من يعين على بلاغ

(فصل) وقول العراقى له اخلى وسحيا على وجه التورية والتحيل ليريه أن له رفيقا يسمى سحيا فيدفع إليه البعير فيأخذه العراقى وينفرد بركوبه وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ألعيا يصيب بظنه فلا يكاد يحطه فسبق إلى ظنه أن سحيا الذي ذكره هو الزق فناشده الله ليخبره بالحق فيعلم عمر صدق ظنه فقال له الرجل نعم وقد روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال قد كان فبين مضى قبلكم من الأمم محدثون فإن كان في أمتي منهم فانه عمر بن الخطاب يريد صلى الله عليه وسلم والله أعلم من يلقي في روعه الشيء ويلهم إليه حتى كأنه يخبر به فلا يحطى ظنه

﴿ ما يكره من الشيء يجعل في سبيل الله ﴾
حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد أن عمر بن الخطاب كان يحمل في العام الواحد على أربعين ألف بعير يحمل الرجل إلى الشام على بعير ويحمل الرجلين إلى العراق على بعير فجاءه رجل من أهل العراق فقال اخلى وسحيا فقال له عمر بن الخطاب أنشدك الله أسعيم زق قال له نعم

حدثني يحيى عن مالك (٢١٢) عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن

﴿الترغيب في الجهاد﴾

ص ﴿مالك عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ذهب إلى قباء يدخل على أم حرام بنت ملحان فتطعمه وكانت أم حرام تحت عبادة بن الصامت فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً فطعمته وجلست تقي في رأسه فنام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً ثم استيقظ وهو يضحك قالت فقلت ما يضحكك يا رسول الله قال ناس من أمي عرضوا علي غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة يشك اسحاق قالت فقلت له يا رسول الله أدع الله أن يجعلني منهم فدعاهما ثم وضع رأسه فنام ثم استيقظ يضحك قالت فقلت له يا رسول الله ما يضحكك قال ناس من أمي عرضوا علي غزاة في سبيل الله ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة كما قال في الأولى قالت فقلت يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فقال أنت من الأولين قال فركبت البحر في زمن معاوية بن أبي سفيان فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر فهلكت ﴿ش قال ابن وهب أم حرام كانت خالة النبي صلى الله عليه وسلم من الرضاة فلذلك كان يميل عندها وينام في حجرها وتقي رأسه

(فصل) وقوله فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فطعمته وجلست تقي رأسه على ما يفعله ذوالحارم من يزوره من ذي رحمه ومن يكرم عليه ويريد المبالغة في مواصلة من اطعمه مما عنده ثم اتبع ذلك بالماطة الأذى عنه وادخل الراحه عليه وان أدى ذلك إلى مباشرة شعره وبعض جسده ويحتمل أن يكون ما أطعمته من ما لها يسير من كثير فلذلك استجاز أكله ويحتمل أن يكون ما أطعمته من مال زوجها عبادة بن الصامت وبازاله أكله لما علم من حال عبادة بن الصامت أنه يسر بذلك وقد يجوز للانسان يمر بموضع فيه تمر أو طعام لصديق مخلص له يعلم أنه يسر بأياً كل منه بحضرته ومغيبه ان يأكل منه

(فصل) وقوله فنام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم استيقظ وهو يضحك وظاهر ذلك ان ضحكه انما كان من شيء رآه في نومه أو تذكره عند يقظته فسألته أم حرام عن ذلك وقالت ما يضحكك يا رسول الله وعلمت أن ضحكه وسروره لا يكون الا من أمر فيه خير لا مته صلى الله عليه وسلم فقال ناس من أمي عرضوا علي يريد في منامه غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر يريد والله أعلم ظهره ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك يشك الراوي أيهما قال يحتمل وجهين أحدهما ان يريد ان حالهم في الدنيا حين ركبهم ثبج البحر حال الملوك على الأسرة في صلاح أحوالهم وسعة دنياهم وقوتهم على العدو وكثرة عددهم وسلاحهم واسرتهم وغير ذلك مما يحتاجون اليه في غزاهم وانهم ليسوا بحال ضيق ولا اقلال وانه مع ذلك يسر ويضحك من حالهم وهذا يدل على انها حال صلاح في الدنيا مضافة الى صلاح في الدين ولولا ذلك لما سر بها صلى الله عليه وسلم والوجه الثاني انه يريد انهم عرضوا عليه غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر وانهم مع ذلك عرضوا عليه أو أعلم بحالهم في الجنة ملوكاً على الأسرة كقوله تعالى في أهل الجنة على الأرائك متكئون والأول أظهر

(فصل) وقوله فقلت يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم يؤكدهما تقدم من انها سألت وتشفعت بالنبي صلى الله عليه وسلم أن يجعلها الله منهم لما فهمت من ان سعيهم مقبول وعملهم مبرور وجهادهم مشكور فان حالهم في الآخرة حال رضوان فنام رسول الله صلى الله عليه وسلم اشفاقاً لمن

﴿الترغيب في الجهاد﴾
مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ذهب إلى قباء يدخل على أم حرام بنت ملحان فتطعمه وكانت أم حرام تحت عبادة بن الصامت فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً فطعمته وجلست تقي في رأسه فنام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً ثم استيقظ وهو يضحك قالت فقلت ما يضحكك يا رسول الله قال ناس من أمي عرضوا علي غزاة في سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة يشك اسحاق قالت فقلت له يا رسول الله أدع الله أن يجعلني منهم فدعاهما ثم وضع رأسه فنام ثم استيقظ يضحك قالت فقلت له يا رسول الله ما يضحكك قال ناس من أمي عرضوا علي غزاة في سبيل الله ملوكاً على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة كما قال في الأولى قالت فقلت يا رسول الله ادع الله أن يجعلني منهم فقال أنت من الأولين قال فركبت البحر في زمن معاوية فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر فهلكت

سأله الدعاء من أمته لاسيما بما يعود الى صلاح الدين ويتضمن هذا جواز ركوب البحر للغزو والجهاد
 قال القاضي أبو الوليد والحج عندي يجب أن يكون مثله

(فصل) وقوله وضع رأسه فنام ثم استيقظ يضحك الى قوله ناس من أمتي عرضوا على غزاة في سبيل
 الله ملوكا على الأسرة لم يذكروا في هذا الحديث جواز ركوب البحر ويحتمل أن يكون غزو هؤلاء
 في غير البحر فقالت أم حرام ادع الله أن يجعلني منهم حرصا على أن تنال أبحر الغزوين ويكون لها
 فضيلة الطائفتين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت من الأولين اعلاها ما بالها لا تشهد غزوة
 الطائفة الثانية ولم يبين لها أن ذلك لموت يتعجل ويمنع من لحاق الطائفة الثانية أو لما منع من
 حضور ذلك مع بقاء حياتها ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم أوحى اليه واعلم بذلك كله غير أنه
 أظهر اليها من ذلك ما أظهر ولم يظهر لها أنها تموت قبل غزوة الطائفة الثانية ويحتمل أن يكون لم
 يوح اليها كثر مما أظهر اليها والله أعلم

(فصل) وقوله فركبت البحر في زمن معاوية بن أبي سفيان أهل السير يقولون ان غزوة معاوية
 هذه كانت في زمن عثمان بن عفان قال خليفة بن خياط عن ابن الكلبي ان هذه الغزوة لمعاوية كانت
 سنة ثمان وعشرين وقال الزبير بن بكار ركب معاوية البحر غازيا بالمسلمين في خلافة عثمان الى
 قبرس ومعه أم حرام زوجة عباد بن الصامت فركبت بغلها حين خرجت من السفينة فصرعت فانت
 ورواية أهل السير لا يعتمد عليها أهل الحديث وظاهر قوله في زمن معاوية يقتضي في وقت امارته
 وخلافته وهو الأظهر ورواية أئمة الحديث أصح ولو صح ما يقوله أهل السير لجاز أن يرد بقوله في
 زمن معاوية أي في وقت ولايته على الشام وذلك كان في زمن عمر الى آخر زمن عثمان وبعده وهذه
 فضيلة لمعاوية بن أبي سفيان اذا خبر النبي صلى الله عليه وسلم بفضيلة قوم غزاة هو منهم حتى تمت أم
 حرام أن تكون منهم وسألت الدعاء بذلك وأجابها اليه وودعها له

(فصل) وقوله فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر فركبت فكان هذا تحقيقا لقول
 النبي صلى الله عليه وسلم انها من الأولين وتبين ان المانع لها أن تكون من الآخرين ان عمرها ينقضي
 قبل ذلك وهذا من أعلام نبوته الواضحة أن يعلم بالأشياء على وجهها قبل أن تكون ثم تكون على
 حسب ذلك لا تخبر عنه ويتكرر ذلك منه صلى الله عليه وسلم تكرر ابو جندب أكثر الأحوال وكل
 من يتعاطى تكهنا يتنجس أو غيره فان الأغلب عليه الخطأ وان أصاب في بعض الأشياء على ما يفعل
 الفطن والمخمن والحازر والحمد لله رب العالمين ص **مالك** عن يحيى بن سعيد عن أبي صالح السمان
 عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لولا أن أشق على أمتي لأحببت أن لا أتخلف عن
 سرية تخرج في سبيل الله تعالى ولكني لأجد ما أحلهم عليه ولا يجدون ما يعملون عليه فيخرجون
 ويشق عليهم أن يتخلفوا بعدى فوددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل ثم أحيى فأقتل ثم أحيى فأقتل ثم
 أشق قوله لولا أن أشق على أمتي لأحببت أن لا أتخلف عن سرية يقتضي اشفاقه على أمته والجرى
 الى الرقي بهم والاجتناب لما يشق عليهم وتركه كثيرا من عمل البر خوفا أن يتكلفوا منه ما لا يطيقون
 أو يشق عليهم القعود عن مثله عجز عنه وعدم ما يتوصل اليه وذلك يدل على أن الجهاد ليس بفرض
 على الايمان ولو تعين عليه فرض الجهاد لما جاز له أن يتخلف عنه لعجز غيره عنه
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فوددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل ثم أحيى فأقتل ثم أحيى فأقتل ثم
 وقوله صلى الله عليه وسلم ثم أحيى فأقتل ثم من الخير لما علم انه لا يكون لان الاحياء بعد الموت في

وحدثني عن مالك عن
 يحيى بن سعيد عن أبي صالح
 السمان عن أبي هريرة أن
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال لولا أن أشق على
 أمتي لأحببت أن لا أتخلف
 عن سرية تخرج في
 سبيل الله ولكني لأجد
 ما أحلهم عليه ولا يجدون
 ما يعملون عليه
 فيخرجون ويشق عليهم
 أن يتخلفوا بعدى فوددت
 أني أقاتل في سبيل الله
 فأقتل ثم أحيى فأقتل ثم
 أحيى فأقتل

الدنيا معلوم أنه لا يكون وقد تمنى صلى الله عليه وسلم اعلاما بدرجة الشهادة وتحريضا لامته عليها واعلاما لهم بما فيها ص **✽** مالك عن يحيى بن سعيد قال لما كان يوم أحد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يأتيني بخبر سعد بن الربيع الأنصاري فقال رجل أنيا رسول الله فذهب الرجل يطوف بين القتلى فقال له سعد بن الربيع ما شأنك فقال له الرجل بعثني اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم لآتيتك بخبرك قال فاذهب اليه فاقرئه مني السلام واخبره اني قد طعنت ثنتي عشرة طعنة واني قد أنقذت مقاتلي واخبر قومك انه لا عذر لهم عند الله ان قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحد منهم حتى **✽** ش قوله صلى الله عليه وسلم من يأتيني بخبر سعد بن الربيع اهتبال منه صلى الله عليه وسلم بأصحابه وبحشمه من فقد منهم بعد الموت ليعلم ما خبره وما الذي غيبه وان كان أصيب أو سلم فانتدب الرجل ليعرض طاعة النبي صلى الله عليه وسلم والمبادرة الى ما يرغبه وان لم يعينه بالأمر وذهابه بين القتلى لطلب سعد بن الربيع لان الظاهر ان من فقد في ذلك الوقت وفي مثل تلك الحال انه قتل أو فُتح بالجراح فبادر الى طلبه حيث ظن أنه يجده وقول سعد بن الربيع له ما شأنك لعله قد توقع أن يكون أرسل للبحث عن خبره أو أخبر غيره فيوصي معه بما أراد أن يوصي به الى قوم فأمره أن يقرئ النبي صلى الله عليه وسلم سلامه لما اعتقد انه لا يلقاه وأن يخبره بما جرى عليه من عدد الطعان وانهذا المقاتل وفي ذلك اعلام بفوات لقائه ولعله قصد بذلك استدعاء ترجمه عليه واستغفاره ورضاه عنه ثم أوصى الى قومه بأن يفدوا النبي صلى الله عليه وسلم بأنفسهم وأن لا يوصل اليه ومنهم حتى وإن من حيي منهم بعد ذلك فلا عذر له عند الله وهذا يقتضي انه كان يجب على المسلمين وقايتهم صلى الله عليه وسلم بأنفسهم وبذلها دونه ص **✽** مالك عن يحيى بن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رغب في الجهاد وذكرا الجنة ورجل من الأنصار يأكل تمرات في يده فقال اني خريص على الدنيا ان جلست حتى أفرغ منهن فرمى ما في يده فحمل بسيفه فقاتل حتى قتل **✽** ش قوله انه صلى الله عليه وسلم رغب في الجهاد تنبيههم في تجديد ذلك عند حضور القتال وتذكيرا للناس بفنائل الجهاد وترغيبا لهم في احرار أجزه والصبر على شدة الحرب وما عسى أن يؤدي اليه من جراح وشهادة فأكد ذلك بأن شوقهم الى الجنة بأن وصف ما أعد الله فيها للجاهدين في سبيله لاسيما لمن أكرمه الله بالشهادة

(فصل) وقوله ورجل من الأنصارياً كل تمرات في يده ذكر أهل السيران ذلك الرجل هو عمير ابن الحمام الأنصارى السلمي لما سمع ما ذكر به النبي صلى الله عليه وسلم حله تصديقه وتثبته لما قاله على أن طرح تمرات في يده كان يأكلها ورأى أن اشتغاله بأكلها عن المبادرة إلى الشهادة المؤدية إلى ما وصف النبي صلى الله عليه وسلم من الجنة حرص على الدنيا واشتغال بيسير متاعها عن عظيم ما أعد الله تعالى لأولياؤه فطرحها وحل بسيفه وذكر أهل السيرانه حل وهو يقول

رضا الى الله بغير زاد * الا التقى وعمل المعاد

✱ والصبر في الله على الجهاد ✱

وقد ذكر أهل السيرة أن هذا كان يوم بدر وقد كان مع النبي صلى الله عليه وسلم جماعة أصحابه وهم ثلاثمائة وبضعة عشر فيحتمل أن يكون حل غير هذا مع جماعة الناس ويحتمل أن يكون انفردوا بالحل على جماعة من المشركين وهذا جائز أن يحمل الرجل وحده على الكتيبة لا سيما من علم من نفسه شدة وقوة وكان مع أصحابه من العدة ما يعلم أنهم يحتمون دونه وقدرى عن مالك أنه قال يجوز للرجل إذا

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن معاذ بن جبل أنه قال الغزو غزوان فغزو وتنفق فيه الكريمة ويأسر فيه الشريك ويطاع فيه ذو الأمر ولا يجتنب فيه الفساد فذلك الغزو خير كله وغزو لا يرجع صاحبه كفافاً ش قوله رضى الله عنه تنفق فيه الكريمة يريد كرائم الأموال ويحتمل أن يريد به سلال المال دون خيشه ودون ما فيه شبهة ويحتمل أن يريد به كثيره اذا أراد بالنفقة النفقة على نفسه والصدقة ويحتمل أن يريد بالكريمة أفضل المتاع مثل أن يغزو على أفضل الخيل وأسبقها ويقتنيها لذلك وكذلك يغزو بأفضل السلاح والآلة فيكون انفاقها في سبيل الله ابتياها لذلك ويكون استعمالها في ذلك حتى يعطب الفرس وتنفى الآلة والسلاح وقد يحتمل أن يريد بانفاق الغازي ذلك في سبيل الله أن يحبس في سبيل الله أفضل ما يغزوه به معه من ذلك (فصل) وقوله ويأسر فيه الشريك مياسره يريد موافقته في رأيه بما يكون طاعة ومتابعته عليه وقوله مشاحته فيما يشركه فيه من نفقة أو عمل وطاعة ذي الأمر امتثال أمر الأمير بأن يمنع مما يمنع منه ويمتنع ما يأمر به من الطاعة لله ويجتنب مع ذلك الفساد في اليعود بموافقة الشريك ولا تقدم للامام فيه أمر ولا نهى (مسئله) وهل له أن يبارز بغير إذن الامام وقوله فذلك الغزو خير كله يريد انه خير لصاحبه في الآخرة وطاعة لله وقرينة

* ماجاء في الخيل والمسابقة بينها والنفقة في الغزو * وحدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في

نواصبها الخير الى يوم القيامة * وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل التي قد أضمرت من الحفياء وكان أمدها ثنية الوداع وسابق بين الخيل التي لم تضمر من الثنية الى مسجد بنى زريق وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها سابق بها

علم من نفسه قوة وغناء أن يبرز الى الجماعة ولا يكون له تهلكة وأمان كان رأس الكتيبة وعلم أنه ان أصيب هلك من معه من المسلمين فالصواب له أن لا يتعرض للقتال الآن يضطر اليه لان في بقاءه بقاء المسلمين ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن معاذ بن جبل أنه قال الغزو وغزوان فغزو وتنفق فيه الكريمة ويأسر فيه الشريك ويطاع فيه ذو الأمر ويجتنب فيه الفساد فذلك الغزو خير كله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا يأسر فيه الشريك ولا يطيع فيه ذو الأمر ولا يجتنب فيه الفساد فذلك الغزو لا يرجع صاحبه كفافاً ش قوله رضى الله عنه تنفق فيه الكريمة يريد كرائم الأموال ويحتمل أن يريد به سلال المال دون خيشه ودون ما فيه شبهة ويحتمل أن يريد به كثيره اذا أراد بالنفقة النفقة على نفسه والصدقة ويحتمل أن يريد بالكريمة أفضل المتاع مثل أن يغزو على أفضل الخيل وأسبقها ويقتنيها لذلك وكذلك يغزو بأفضل السلاح والآلة فيكون انفاقها في سبيل الله ابتياها لذلك ويكون استعمالها في ذلك حتى يعطب الفرس وتنفى الآلة والسلاح وقد يحتمل أن يريد بانفاق الغازي ذلك في سبيل الله أن يحبس في سبيل الله أفضل ما يغزوه به معه من ذلك (فصل) وقوله ويأسر فيه الشريك مياسره يريد موافقته في رأيه بما يكون طاعة ومتابعته عليه وقوله مشاحته فيما يشركه فيه من نفقة أو عمل وطاعة ذي الأمر امتثال أمر الأمير بأن يمنع مما يمنع منه ويمتنع ما يأمر به من الطاعة لله ويجتنب مع ذلك الفساد في اليعود بموافقة الشريك ولا تقدم للامام فيه أمر ولا نهى (مسئله) وهل له أن يبارز بغير إذن الامام وقوله فذلك الغزو خير كله يريد انه خير لصاحبه في الآخرة وطاعة لله وقرينة

(فصل) وقوله وغزو لا تنفق فيه الكريمة ولا يأسر فيه الشريك ولا يجتنب فيه الفساد على حسب ما تقدم فذلك الغزو ولا يرجع صاحبه كفافاً يريد انه لا يفي سعيه وغزوه بما يكسبه من الماسم

* ماجاء في الخيل والمسابقة بينها والنفقة في الغزو *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل في نواصبها الخير الى يوم القيامة ش قوله صلى الله عليه وسلم الخيل في نواصبها الخير الى يوم القيامة يريد والله أعلم الأجر والغنية وقدر روى ذلك من طريق عبد الله عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الخيل في نواصبها الخير الى يوم القيامة الأجر والغنية وهذا حض على ارتباطها في سبيل الله واتخاذها للجهاد وقوله الى يوم القيامة دليل على أن ذلك باق الى يوم القيامة وأن الاسلام لا يذهب جلة ولا يغلب عليه حتى لا يبقى من أهله من يجاهد عن الدين ويدل أيضاً أن أهل الكفر ومن يجاهد على الدين لا يتخلونهم وقت الى يوم القيامة فهذا ظاهر هذا اللفظ الآن برده تخصيصه ببعض الأزمان فقد روى عن ابن عباس أنه قال في تأويل قوله تعالى حتى تضع الحرب أوزارها ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل التي قد أضمرت من الحفياء وكان أمدها ثنية الوداع وسابق بين الخيل التي لم تضمر من الثنية الى مسجد بنى زريق وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها ش قوله سابق بين الخيل التي أضمرت من الحفياء الى ثنية الوداع قال محمد بن عبد الحكم في هذا دليل على اجازة الاضمار وذلك لا يكون الا بمنع بعض العلف واستجلاب العرق وقال موسى بن عقبة بين الحفياء وثنية الوداع ستة أميال أو سبعة ومن الثنية الى مسجد بنى زريق ميل ونحوه وهذا نص في مجاوزة المسابقة بين الخيل لما في ذلك من تدريها على الجري والسبق وتدريب من يسابق بها ولما

يبعث عليه من الاجتهاد في ذلك والمبالغة فيه لما جبلت عليه النفوس من الخرض على الغلبة فاذا
سابق غيره كان اجتهاده لنفسه وفرسه واجتهاده أكثر من اجتهاده اذا انفرد بالجري
وليس تعرف العرب المسابقة الا بين الخيل والابل وكذلك في الاسلام قاله محمد بن عبد الحكم وقد
سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخيل والابل ولا أعلم انه صلى الله عليه وسلم سابق بين غيرها
(فصل) وليس في الحديث ما يدل على أنه كان بين تلك الخيل سبق أخرجه أحد المتسابقين أو غيرهم
وذلك لا يتخلو من أحد جالين اتان يكون السابق أخرجه غير المتسابقين أو أحدهم فان أخرجه غيرهم
كالامام وغيره على أنه لمن سبق فلا خلاف في جوازه (مسئلة) وان أخرجه أحد المتسابقين فان
ذلك على وجهين أحدهما أن يخرج به ويسابق على أنه ان سبق غيره فهو السابق وان سبق هو
لم يكن له ويكون للذي يليه فهذا أيضا مما أجاز به مالك وأكثر العلماء (فرع) فان لم يكن معه
الافارس واحد فسبق المخرج لم يرجع اليه الطعام وكان لمن حضر رواء ابن مزين عن مالك
(مسئلة) والوجه الثاني أن يخرج به أحد المتسابقين على أنه ان سبق غيره فهو السابق وان سبق
المخرج فهو له هذا كرهه مالك ورواه ابن المواز عن ابن القاسم لاخبر فيه وروى أصبغ عن ابن
وهب أجازته ورواه ابن وهب عن مالك

(فصل) وقوله وأن عبد الله بن عمر كان ممن سابق بها يحتمل أن يريد به التي سابت من الثنية الى
مسجد بني زريق وليس في الرا كين خد من صغر ولا كبر ولا خفة ولا ثقل وليست تركل انسان
لركوب دابته من أحب وأمكنه وكتب عمر بن عبد العزيز لا تعملوا على الخيل الا من احتلم ص
✽ مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول ليس برهان الخيل بأس اذا دخل فيها
محلل فان سبق أخذ السابق وان سبق لم يكن عليه شيء ✽ ش قوله ليس برهان الخيل بأس يريد
المسابقة وقوله اذا كان بينهما محلل ساء محلا لانه بدونه لم تجز المسابقة بينهما على شيء يخرج به كل
واحد منهما وان أخرج أحدهما سبقا وكان بينهما محلل ان سبق أخذ وان سبق لم يكن عليه شيء فهذا
أجاز به ابن المسيب قال ابن المواز وهو قياس قول مالك الآخر قال محمد بن وهب أخذ والمشهور عن
مالك منه (مسئلة) وليس من شرط هذا الرهان أن يعرف كل واحد من المتراهنين جري فرسه
صاحبه ولا صفة الراكب من ثقل وخفة وانما ذلك على حسب ما يتفق ص ✽ مالك عن يحيى
ابن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم روى وهو يمسح وجهه فرسه بردائه فسئل عن ذلك فقال
اني عوتبت الليلة في الخيل ✽ ش مسحه صلى الله عليه وسلم وجهه فرسه بردائه على سبيل الاكرام
له والمبالغة في مراعاته والاحسان اليه وانما سئل عن ذلك لما لم يعهد منه مثل هذا فقال صلى الله عليه
وسلم اني عوتبت الليلة في الخيل وهذا يقتضي انه انما عوتب في المبالغة في مراعاتها والتعاهد لها
والاحسان لما خصها الله به من أن جعلها سببا للخير من الأجر والمغنم عونا عليه ص ✽ مالك عن
حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرج الى خير أتاها ليلا
وكان اذا أتى قوم ابليس لم يفر حتى يصبح فلما أصبح خرجت يهود بمساحيهم ومكائهم فلما رأوه قالوا
محمدا والله محمد والخيس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله أكبر خير انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء
قوم فساء صباح المنذر ✽ ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرج الى خير أتاها
ليلا يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم قصد ذلك ليشتري المسامحة في مكانهم فاذا أصبح خرج من
اليهود من جرت عاداته بالخروج فيظفر بهم ويحتمل انه أراد أن يأتي ليلا ليعلم بقاءهم على كفرهم

✽ وحدثني عن مالك
عن يحيى بن سعيد انه
سمع سعيد بن المسيب
يقول ليس برهان الخيل
بأس اذا دخل فيها محلل
فان سبق أخذ السابق
وان سبق لم يكن عليه شيء
✽ وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم روى
وهو يمسح وجهه فرسه
بردائه فسئل عن ذلك فقال
اني عوتبت الليلة في الخيل
✽ وحدثني عن مالك عن
حميد الطويل عن أنس
ابن مالك أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم حين
خرج الى خير أتاها ليلا
وكان اذا أتى قوم ابليس لم
يفر حتى يصبح فلما أصبح
خرجت يهود بمساحيهم
ومكائهم فلما رأوه قالوا
والله محمد والخيس فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم الله أكبر خير
انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء
صباح المنذر ✽

بتركهم الاذان وانتقالهم عنه بالاذان قبل أن ينشروا ويحتمل أن يكون قصد بذلك الرفق بأصحابه
ليقيم بذلك حر الشمس ووهج الحر والله أعلم بذلك

(فصل) وقوله وكان اذا أتى فوما لبيل يحتمل أن يكون كان يفعل ذلك صلى الله عليه وسلم لان
الليل ليس بوقت اغارة لاسيما فيما يقرب من الحصون والقرى لان من خشي أن يغار عليه بيت فيها
فلا يظفر به فاذا خرج عند الصباح وانتشرت العمال وسائر الناس المتصرفين أغار حينئذ ليظفر
بهم أو ببعضهم ويحتمل أن يكون كان يفعل ذلك تثبتا فان سمع أذانا عند الصباح أمسك وان لم
يسمعه أغار (مسئلة) وليس في هذا الحديث ذكر الدعوة الى الاسلام قبل القتال ويحتمل
أن يكون ذلك ولم ينقل لنا وقد روى أبو حازم عن سهل بن سعد قال يوم خيبر لعلي بن أبي طالب
انفذ على رسلك حتى تنزل بساحتهم ثم ادعهم الى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لأن يهدي
الله بك رجلا خير لك من أن يكون لك حمر النعم ويحتمل أن يكون ترك الدعوة لما تقدم من
دعائهم وعلم من عنادهم واصرارهم وقد اختلف العلماء في هذا فقال مالك أحب الى أن يدعى العدو
قبل القتال بلغتهم الدعوة أولم تبلغهم إلا أن يعجلوا سواء قربوا أو بعدوا وقال عنه ابن القاسم
لا يستوا حتى يدعوا وقال ابن الماجشون عن مالك لا يدعى من قرب من الديرب مثل طرسوس
والمصيصة وروى ابن حبيب عن المدنيين من أصحاب مالك انما الدعوة اليوم فيمن لم يبلغه الاسلام
ولا يعلم ما يقاتل فاما من بلغه الاسلام وعلم ما يدعى اليه وحارب وحورب كازروم والافرنج من داني أرض
الاسلام وعرفه الدعوة فيهم ساقطة قال ابن حبيب فيجب أن يغار عليهم وينتزفهم الفرصة وقد
بعث النبي صلى الله عليه وسلم من يقتل كعب بن الأشرف وابن أبي الحقيق فوجه القول الاول وهو
رواية ابن القاسم ما روى أن علي بن أبي طالب رضى الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر
يا رسول الله تقاتلهم حتى يكونوا مثلنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انفذ على رسلك حتى تنزل
بساحتهم ثم ادعهم الى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم من حق الله فوالله لأن يهدي الله بك رجلا
واحدا خير لك من حمر النعم فوجه الدليل منه أنه قال صلى الله عليه وسلم له على رسلك ثم ادعهم الى
الاسلام وهذا نص ووجه آخر أنه قال فلان يهدي الله بك رجلا واحدا * قال القاضي أبو الوليد رحمه
الله وظاهر هذا عندي يقتضي أن بدعوهم فيبتدون وأما قتالهم حتى يبينوا الاسلام فاما هو من
باب الجبر والاكرام لم يمنع ان الحرب قد تنجلي عن أداء الجزية دون اهتداء وأما الدعوة الى الاسلام
فهى التى تقتضى الاهتداء ووجهه من جهة المعنى ان أمر الاسلام مترقب ومرجوف وقت من قد
بلغته الدعوة ومن لم يبلغه وقد يسلم اليوم من أبي الاسلام أعواما جمة فلزم أن يذكر بالدعوة وتعاد
عليه عسى أن يثوب الى الاسلام ووجه الرواية الثانية أن من قرب من بلاد المسلمين قد بلغت
الدعوة وتكررت عليه وعلم مقتضاها ولا يزداد عاداتها عليه معرفة بما لم تتقدم له المعرفة وانما فى
ذلك الصدر له عن النكابة فيه وذلك يوهن حرب المسلمين وانما يحتاج الى ذلك من بعدت داره
ولم يعلم حال الاسلام وان كان قد بلغته دعوة الاسلام فلم يبلغه على وجهها ولا عرف مقتضاها فيلزم أن
تعاد عليه الدعوة ويتبين اليه ما يدعى اليه والذي رواه ابن حبيب عليه عمل المسلمين في سائر الآفاق
ووجه ما تقدم من قوله ووجهه (فرع) ومن كان من أهل الحرب ممن يظن أن الدعوة تبلغه
فوتلوها بعد دعوة فقتلوا واغزووا فذلك ماض وليس عليهم رده وقد أسأروا ابن سحنون عن أبيه
ووجه ذلك أن حالهم من الكفر يحكم بامضاء قتلهم واسترقاقهم وانما كان يجب تقديم الدعوة رجاء أن

ينتقلوا عن ذلك فان صادف القتل والاسترقاق الكفر الا صلى دون عهد مضى عليهم والله أعلم
(فصل) وقوله فخرجت بمساحيقهم ومكائيلهم يريد العمل في بسائتهم ونجيلهم وحرثهم فلما رآه صلى
الله عليه وسلم قالوا الحمد لله محمد والخميس يريدون الجيش قالوا ذلك ينذر بعضهم بعضا فقال صلى الله
عليه وسلم الله أكبر اعظما لله تعالى واكبارا له واخبارا ببلو دينه وظهور أمره ثم قال صلى الله عليه
وسلم انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين يريد صلى الله عليه وسلم أنهم قد تقدم اليهم الانذار
فلما عتوا وعاندوا نزل بمساحيقهم نزول الانتقام منهم والاذلال لهم ص **عن مالك** عن ابن شهاب عن عبد
الرحمن بن عوف عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أنفق زوجين في سبيل الله
نودي في الجنة يا عبد الله هذا خير فمن كان من أهل الصلاة دعى من باب الصلاة ومن كان من أهل
الجهاد دعى من باب الجهاد ومن كان من أهل الصدقة دعى من باب الصدقة ومن كان من أهل الصيام
دعى من باب الريان فقال أبو بكر يارسول الله ما على من يدعى من هذه الأبواب من ضرورة فهل يدعى
أحد من هذه الأبواب كلها فقال نعم وأرجو أن تكون منهم **عن** قوله صلى الله عليه وسلم من أنفق
زوجين في سبيل الله روى عن الحسن البصري أنه قال اثنين من جنس واحد كدرهمين أو
دينارين وروى عن غيره أنه قال دينار ودرهم ومعنى ذلك والله أعلم أنه أقل ما يقع به التكرار
من العبادة وما يتقرب به إلى الله تعالى ويحتمل أن يريد بذلك العمل فيدخل في ذلك من صلى
صلاتين أو صام يومين أو جاهد مرتين وان كان لفظ الانفاق فيما قدمناه أظهر ولغظ الجهاد والغزو
في سبيل الله أظهر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم نودي في الجنة يا عبد الله هذا خير يحتمل أن يريد به يا عبد الله هذا
خيرا لله الله لك فاقبل اليه من هذا الباب ويحتمل أن يريد به هذا خيرا أبواب الجنة لك لأنه في الخير
والثواب الذي أعد لك ثم قال صلى الله عليه وسلم فان كان من أهل الصلاة دعى من باب الصلاة ومعناه
والله أعلم أن تكون الصلاة أغلب أعماله وأكثرها وتغلب على عمل الرجل الصلاة فتكون أكثر
أعماله ويغلب على أعماله الصوم فيكون أكثر أعماله وكذلك الجهاد والصدقة فمن كان الغالب على
عبادته نوع من هذه العبادات نودي من الباب المختص به وهذا يحتمل وجهين أن يريد بقوله في سبيل
الله أي سبيل الله كانت من الجهاد وغيره فيكون معنى ذلك ان من كانت عبادته وناقلته الصلاة دعى
من باب الصلاة ويحتمل أن يريد بسبيل الله الجهاد خاصة ويكون معنى من كان من باب الصلاة من
تنفل في غزوه ومن كان من أهل الصيام من صام في غزوه وأهل الصدقة من تصدق في غزوه فيكون
هذا أغلب عليه في الغزو وبه ينادى وان كانت عبادته في سائر الأوقات يغلب عليها غير ذلك

(فصل) وقوله ومن كان من أهل الصيام دعى من باب الريان رأيت لبعض أهل اللغة ان الريان من
الري يخص ذلك بدعاء الصائم لما كان في الصوم من الصبر على ألم العطش والظما في الهواجر
اعلاما لمن تكلف ذلك بما يخص هذا من الدعاء من هذا الباب الذي يدل على الثواب الجزيل
والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر رضي الله عنه يارسول الله ما على من يدعى من هذه الأبواب من ضرورة
ظاهرا انه ليس عليه ضرورة في أن يدعى من غيرها وان الدعاء من واحد منها يكفي في التناهي
في الخير وسعة الثواب لكنه مع ما في الدعاء من واحد من هذه الأبواب من الخير العظيم هل يدعى أحد
من جميعها الآن ذلك أكثر من الخير وأوسع من انعام الله تعالى على من أطاعه فقال صلى الله عليه

* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن حميد بن
عبد الرحمن بن عوف عن
أبي هريرة أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من
أنفق زوجين في سبيل الله
نودي في الجنة يا عبد الله
هذا خير فمن كان من أهل
الصلاة دعى من باب الصلاة
ومن كان من أهل الجهاد
دعى من باب الجهاد ومن
كان من أهل الصدقة دعى
من باب الصدقة ومن كان
من أهل الصيام دعى من
باب الريان فقال أبو بكر
الصديق يارسول الله ما
على من يدعى من هذه
الأبواب من ضرورة فهل
يدعى أحد من هذه الأبواب
كلها فقال نعم وأرجو أن
تكون منهم

﴿ احراز من أسلم من أهل الذمة أرضه ﴾

وسئل مالك عن امام قبل
 الجزية من قوم فكاوا
 يعطونها أرايت من أسلم
 منهم أتكون له أرضه أو
 تكون للمسلمين ويكون
 لهم ماله فقال مالك ذلك
 يختلف أما أهل الصلح فإن
 من أسلم منهم فهو أحق
 بأرضه وماله وأما أهل
 العنوة الذين أخذوا عنوة
 من أسلم منهم فإن أرضه وماله
 للمسلمين لأن أهل العنوة
 قد غلبوا على بلادهم
 ووصارت فينا للمسلمين وأما
 أهل الصلح فإنهم قد منعوا
 أموالهم وأنفسهم حتى
 صاخوا عليها فليس عليهم
 إلا ما صاخوا عليه

فأما أهل الصلح فهم قوم من الكفار حوابلادهم وقتلوا عليها حتى صولحوها على شيء أعطوه من أموالهم أو جزية أو ضريبة التزموها فاصلحوها على بقاءها بأيديهم من أموالهم فهو مال صلح أرضا كان أو غيره وما صلحوه أو أعطوه على إقرارهم في بلادهم وتأمينهم كان أرضا أو غيره فانه ليس بمال صلح ولو أن أهل حرب قوتلوا حتى صالحوها على أن لا يكون لهم في الأرض حق ويؤمنون على الخروج من البلد والمقام به على الذمة لما كانت تلك الأرض أرض صلح وإنما تكون أرض صلح ما صولحوها على بقاءها بأيديهم سواء تقدم ذلك حرب أو لم يتقدمه حرب (مسئلة) وأما العنوة فهي الغلبة فكل مال صار للمسلمين على وجه الغلبة من أرض أو عين دون اختيار من غلب عليه من الكفار فهو أرض عنوة سواء دخلنا الدار عليهم غلبة أو أجلاؤها مخافة المسلمين تقدمت في ذلك حرب أو لم تتقدم أقر أهلها فيها أو نقلوا عنها وقد روى أشهب عن مالك في العتبية أن خير فقت بقتال يسير وقد خست إلا ما كان منها عنوة أو صلحا وهو يسير فانه لم يخمس قال أشهب فقلت العنوة والقتال أليسا واحدا فقال إنما أردت الصلح ولفظ القتال يصح أن يراد به العنوة ويصح أن يراد به الصلح فإن القتال فيكون سببا إلى العنوة ويصح أن يكون سببا إلى الصلح ومرادنا بالصالح والعنوة أن الأرض آل حالها أن استقرت بأيدي أربابها بصلح صالحوها عليها أو زالت عن ملكهم بالعنوة والغلبة قال مالك فسمعت خير ثمانية عشر شهرا على ألف وثمانمائة رجل لكل رجل سهم قال وما كان افتتح من خير خمس وقسم الباقي على ما تقدم وما خس منها بغير قتال فلم يخمس وأقطع منها أزواجه فاقضى ذلك أن خير كانت على ثلاثة أقسام قسم استولى عليه عنوة بالقتال نخمس وقسم الأربعة أخماس وقسم أجلاؤه وأسده من غير قتال فلم يسهم منه لاحد وكان حكم ذلك كله حكم الخمس كما فعل صلى الله عليه وسلم بنبي النضير قال الله تعالى وما آفأ الله على رسوله منهم فإا أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير وأما فديك فصولها على النصف ولم

يوجف عليها بخيل ولا ركاب وكانت غنوة بغير قتال * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا
 عندي يقتضي انه كان لهم النصف على وجه الصلح وكان النصف على وجه العنوة ولكنه ظهر عليه
 النبي صلى الله عليه وسلم من غير ايجاف ولا ركاب ولا قتال فكان حكم ذلك النصف حكم الخمس قال
 مالك ثم ان عمر بن الخطاب أجلى أهل خير وأجلى أهل فداك وأعطى أهل فداك بذلك حبلا واقتابا
 وذهبا اشترى ذلك من بيت المال للمسلمين فهذا حكم هذه البلاد (مسئلة) وأما مكة فاختلف أهل
 العلم في حكمها فقال مالك افتتحت عنوة وبه قال أبو حنيفة والأوزاعي وقال الشافعي انما دخلها صلحا
 وقال أصحابه معنى ذلك أنه فعل فيها فعل من صالحه فلكل نفسه وماله وأرضه ودياره فان كان هذا فليس
 بخلاف لقولنا عنوة والدليل على ما قلناه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله حبس
 عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما أحلت لي ساعة من نهار والدليل على ذلك
 ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يوم فتح مكة من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ولو كان هنا صلح
 لما احتاج الى تأمين من فعل فعلا مخصوصا وقد تقدم له جرم وفائدة الخلاف في هذا أنه يجوز للإمام
 أن يمن ويعفو عن جلة الغنائم قبل القسمة (فرع) اذا ثبت ذلك فإنه لم يستدم بمكة حكم العنوة
 من قسم دورهم وأراضيهم واسترقاق من أخذ منهم قال أبو عبيد ففتح رسول الله صلى الله عليه وسلم
 مكة ومن على أهلها وردّها عليهم ولم يقسمها ولم يجعل شيئا منها فدايا فقرأ أي بعض الناس أن ذلك جائز له
 ولذا تمّ بعده قال أبو عبيد والذي أقول ان ذلك كان جائزا له في مكة وليس ذلك بجائز له في غيرها
 ومكة لا يشبهها شيء من البلاد لأن الله تعالى خص رسوله من الانفال بما لم يخص به غيره فقال قل
 الانفال لله والرسول والذي قاله أبو عبيد لا يبعد في قوله ان ذلك في مكة دون غيرها وذلك أن مكة خصت
 بمنع القتال فيها وانما أحلت له صلى الله عليه وسلم ساعة من نهار ثم عادت حرمتها وحرم القتال فيها الى
 يوم القيامة فلذلك أغاد صلى الله عليه وسلم فيأهم اليهم بعد تلك الساعة لما حرمت مقاتلتهم * قال القاضي
 أبو الوليد رضي الله عنه ويحفل عندي الوجه الاول وهو أن ذلك جائز له صلى الله عليه وسلم بمكة
 وغيرها وجائز لمن بعده من الأئمة اذ رأى ذلك صلاحا للمسلمين وقد ردّ النبي صلى الله عليه وسلم الى
 هوازن وسبيهم واستأني بهم شهرا ليرد اليهم أموالهم وسبيهم فلعله صلى الله عليه وسلم قد رأى ذلك صلاحا
 واستثلا فالأهل مكة فرد اليهم دورهم وأرضهم وأملا كهم ولعله قد استأذن في ذلك من كان معه من
 المسلمين فأذنوا له وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لأهل مكة يوم افتتحوا مكة وقد اجتمعوا
 في المسجد فرار من القتل اذهبوا فأنتم الطلقاء ولم يسب من أهلها أحدا فكذا يجوز أن يكون
 قد أتبعهم أموالهم وديارهم وأرضهم فكل من أسلم منهم بقي ملكه في يده (مسئلة) وأما أرض
 الاندلس فإن أكثرها افتتحت عنوة ومنها ما افتتح صلحا كتدمر وغيرها الى هذا ذهب ابن حبيب
 وغيره من علماءنا وسيأتي ذكر حكم أرضها بعد هذا ان شاء الله (فرع) ذكر الداودي أن عمر بن
 الخطاب بعث سهل بن حنيف فجعل على جريب البرثمانية وأربعين درهما وعلى جريب الشعير
 أربعين درهما وعلى جريب التمر ستة قال أبو القاسم الزجاجي الجريب ستون ذراعا في
 ستين ذراعا قال غيره بالذراع الهاشمية وهي ذراع وثلاث بذراع اليد والذراع الهاشمية ست قبضات
 والقبضة أربعة أصابع والاشل حبل يذرع به الجريب طوله ستون ذراعا والناصية قبضة يذرع
 بها أيضا وطولها ستة أذرع وهي عشر الاشل وذلك كله بالذراع الهاشمية

﴿ الباب الثاني في حكم أهل الصلح حال حياتهم مع بقائهم على كفرهم ﴾

أهل الصلح لا يخلو أن يكونوا صولحو على شيء يؤدونه في جلتهم أو يصالحوا على شيء يؤدونه عن جاجهم وقد روى ابن حبيب أن الجزية الصلحية جزيتان فجزية على البلد مجملة وجزية على الجاج ومعنى ذلك أن يوضع على جلتهم شيء يغرمونه لا يحيط منه لقلتهم ولا يزداد عليه لكثرتهم فهم ضامنون له حتى يؤدونه لا يبرأ أحد منهم وإن أدى أكثره حتى يؤدى جميعه ودية الجاجم أن يوضع على كل ججمة دينار أو أكثر منه على ما تقدم تفسيره فهذه الجزية تزيد بزيادة عددهم وغناهم وتنقص بنقص عددهم وغناهم ويبرأ كل واحد منهم إذا أدى ما عليه منه وإن لم يؤد غيره ما عليه لأن بعضهم لم يضمن ما على غيره وإنما التزم ما يخصه (مسئلة) وقد قال ابن القاسم في المدونة إذا باع الصلحى أرضه من مسلم على أن الخراج على المبتاع لم يجز وأجازته أشهب وهذا يدل على أن الصلح قد ينقصد على أن يكون على الأرض خراج وهى ملك لأربابها من أهل الصلح وهذا محتمل أن يكون قسماً ثالثاً ومحتمل أن يكون على الجاجم خراج وعلى الأرض خراج وكيفما انعقد الصلح في ذلك جاز والله أعلم (مسئلة) قال ابن حبيب جزية أهل الصلح انما هى فيما صلحو عليه قال ولا يزداد في جزية الصلح على الغنى ولا ينقص منها عن الفقير وذلك محتمل وجهين أحدهما أن تكون على الجاجم فيحتمل ذلك وجهين أحدهما أن ما يقرر انما هو دينار إلى أربعة دنانير فلا يزداد الغنى على أربعة دنانير ولا ينقص الفقير عن دينار وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك لا يزداد على أهل الذمة في جزية جاجهم وإن أسروا على ما فرض عمر رضى الله عنه على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهماً قال وتطرح عنهم ضيافة ثلاثة أيام إذا لم يوف لهم والمعنى الثانى أن من استقرت جزيته على شيء لا ينقل عنه والاول أصح والوجه الثانى أن يكون صلحهم على مقدار ما في جلتهم فلا يزدادون عليه لغناهم ولا ينقصون منه لفقرهم

﴿ الباب الثالث في حكم انتقال الاملاك عنهم حال حياتهم وكفرهم ﴾

أن ذلك يختلف وقد قال ابن حبيب أن الجزية الصلحية جزيتان جزية على البلد وجزية على الجاجم فإن كانت مجملة على البلد فهى موقوفة لاتباع ولا تورث ولا تقسم ولا يملكها إن أسلم وانما له ماله وأما الأرض فموقوفة أبدأ الما عليها من الخراج وذلك بأسره باقى على من بقى من النصارى وأما أن صولحو على أن الجزية على جاجهم فلم يبيع الأرض وهى لهم ملك يصنعون بها ما شاؤا وروى عيسى عن ابن القاسم أن أهل الصلح إذا صلحو على أن عليهم ألف دينار كل عام أو على أن على جاجهم دينارين على كل رجل منهم وعلى أرضهم على كل بذر كذا شيئاً سهوه وعلى كل زيتونة كذا قال ذلك سواء ولهم بيعها فوقع الاتفاق بينهم على الخراج إذا وضع على الجاجم لا يمنع ذلك بيع الأرض واختلفا إذا وضع على الجملة فنفع ذلك بيع الأرض عند ابن حبيب ولم يمنع منه عند ابن القاسم وجه قول ابن حبيب أن الأرض لما وضعت الجزية أو الخراج على الجملة هى سبب الجزية وهى مال ظاهر فلم يجز لهم تفويتها لما في ذلك من منع استعجال ما عليهم من الجزية ووجه قول ابن القاسم أن الأرض من أموال أهل الصلح وملكهم فكان لهم بيعها والتصرف فيها كالعين والحيوان وسائر أموالهم (فرع) وأما إذا كان الصلح على أن الجزية على مقدار الأرض وما فيها من الغرس فيجب على قول ابن حبيب أن لا يجوز بيعها ولا تفويتها لأن الخراج متعلق بها وهو

حق المسلمين فلا يجوز لهم تفويتها واتلاف أئمتها وقطع ما يجب للمسلمين من حق الجزية فيها وذلك
جائز على قول ابن القاسم إذا كانت الجزية على الجاهل أو على الأرض أو عليها وهو في المدونة
ووجهه ما تقدم والله أعلم (مسئلة) فإذا قلنا يجوز بيع أرض الصالح فلا يخلو أن يكون ذلك
على الإطلاق أو على اشتراط الخراج فإن كان على الإطلاق فإن ظاهر المدونة في قول ابن القاسم
يقضي أن الخراج على البائع ابتاعها منه مسلم أو ذمي ووجه ذلك أن عقد الصلح قد اقتضى تعلق
الخراج بدمته فلا يزيله عن ذلك بيع الأرض ولا هبتها يدل على ذلك أنه إذا أسلم سقط الخراج عن
الأرض فوجب أن يتعلق الخراج به دون الأرض لأن المراعى في ذلك صفته دون صفة الأرض
وظاهر قوله أشهب في المدونة يقتضي أن الخراج على المبتاع ووجه ذلك أن الخراج إنما يجب
بسبب الأرض مع بقاء المصالح عليها على الكفر فوجب أن ينتقل الخراج حيث انتقلت الأرض
ولأن تلك الأرض لو استغدرت وتلفت اتلاف لا يمكن جبره لسقط الخراج بسببها فوجب أن ينتقل
الخراج معها (فرع) فإن قلنا بقول ابن القاسم أن الخراج على البائع مع إطلاق العقد فإن شرط
على المبتاع في المدونة من قول ابن القاسم أن البيع حرام لا يحل لأنه اشترط عليه ما لا يدري قدره
ولا منتهاه ولا مبلغه ومعنى ذلك أنه يقيم البائع على كفره فيدوم بقاء الخراج على الأرض وقد يسلم بعد
بيعه بيوم فيسقط الخراج عن الأرض وهذا غير راجح لأن الخراج على البائع (فرع) وقد كان
العمل بالأندلس على قول ابن القاسم في ابتاع أرض الخراج على أن على المبتاع ما يلزم وأمر
المصور أبو عامر محمد بن أبي عامر بالأخذ بقول أشهب لحاجته إلى ذلك لأنه قد يهلك البائع من غير
مال ويخرج من البلد فيرث ابتاع الأرض بما عليها فيجوز لأهل الجهة التمسك بقول ابن القاسم
على أن عقدوا على المبتاع بعد تمام انعقاد البيع وربما كان في عقد غير عقد الابتاع أنه عرف
ما يلزم الأرض من ذلك والتزمه تحيلا لسلامة العقد مما يفسد وينع صحته وهذا لا يجوز إذا كان
البائع والمبتاع قد علموا أن الأرض أرض صلح وأنه قد يلزمها الخراج وأنه لا سبيل إلى أن تباع وينتقل
خراجها على بائعه وهذا يقتضي فساد البيع على هذا القول وقد ألحق أهل بلدنا بذلك ما لزم أرض
الاسلام ومن وظائف الظلم للسلطان فأجر وهجر أهله على قول ابن القاسم عندهم * قال القاضي
أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى غير صحيح لأن هذه الوظائف ليست بحق ثابت وانما هي مظالم لا تثبت
بوجه حق ولا يجب بدل على ذلك أنه من أمكنه دفعها عن نفسه بفرار أو غيره لم يأثم بذلك وخارج
أرض الصالح إذا ثبت عليه لم يحمل دفعه عن نفسه بفرار ولا امتناع وانما ذلك مثل هذه المظالم الموطنة
على الأرض مثل ابتاع الإنسان الثياب في البلد التي يجب على المبتاع مكس في كل ما يبتاع منه فإن
ذلك لا يمنع صحته ببيع ولا صحة ابتاعه وكذلك من أكثرى دابة في طريق يعلم أنه سيؤخذ منه على كل
دابة مكس وربما خفي أمره فسلم فإن ذلك لا يمنع صحة الكراء (فرع) إذا قلنا بقول أشهب
أن الخراج على المبتاع بمجرد العقد أو بنخرجه أهل بلدنا أنه يجوز أن يلزمه المبتاع بعد تمام عقد
البيع فإنه إذا أسلم البائع في المدونة عن أشهب أنه يسقط الخراج عن المبتاع بمنزلة ما سقط خراجها
إذا أسلم الصلح وهي بيده وأما ذمات الصلح ولم يترك وارثا صار ماله لبيت مال المسلمين

(الباب الرابع في ذكر أموالهم بعد موتهم على الكفر)

قد تقدم من قول ابن حبيب أنه إذا كانت الجزية على جلتهم فإن أرضهم لا تورث وتقدم من التخرج
على قوله ذلك أن الجزية إذا كانت على الأرض حكمها ذلك وأن الجزية إذا كانت على جباههم

فإن الأرض تورث عنهم وروى في العتبية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم أن أهل الصلح يورثون على حسب مواريتهم (فرع) فإذا قلنا أنهم يورثون فإن أرضه وماله لورثته فإن لم يدع وارثاً فقد قال ابن حبيب إذا كانت الجزية على جاجهم فن مات منهم ولم يدع وارثاً فأرضه وماله للمسلمين كيت لا وارث له وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية أنه من مات من أهل الصلح ولا وارث له من آثاره فبرائه لأهل خراجهم ولا يضع عنهم موته شيئاً من خراجهم وما صولحو عليه قائم عليهم فوجه ما قاله ابن القاسم أن ذلك في أهل الصلح إذا قوطعوا على شيء يكون على جماعتهم في الجملة فموتوا من مات منهم ولا وارث له فماله وأرضه لأهل خراجهم لأن موته لا يسقط عنهم شيئاً مما التزموه وإنما كانوا التزموه على أموالهم ومال هذا المتوفى وأما إذا كان ما صولحو عليه جزية على جاجهم فإن مات من مال لا وارث له فماله لجماعة المسلمين لأنه أفرد نفسه بالعقد بما كان يخصه من الأداة على ما كان يخصه من المال فإذا مات سقط ما كان يلزمه من الخراج ولم يتبع به أحد من صالحه فلذلك كان ماله لجماعة المسلمين (فرع) وإذا قلنا من مات من أهل الصلح ولا وارث له فبرائه للمسلمين كيف يعرف من له ورثة ممن لا ورثة له ونحن لا نعلم مواريتهم روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ذلك إلى أهل دينهم وأضافهم فإن قالوا برئه من يدك من ذي رحم أو غيره من رجل أو امرأه سلم ذلك إليه وإن قالوا لا ولله فبرائه للمسلمين ووجه ذلك أن طريق هذا الخبر عما ينفردون به من العلم وفي مثل هذا تقبل أقوالهم كإخبارهم عما يعلمونه من الأدواء وترجمتهم عن الألسنة التي لا تعرفها ومثل هذا يحكم فيه بقولهم ويرجع فيه إليهم

﴿ الباب الخامس في حكم أموالهم إذا أسلموا ﴾

قال ابن حبيب إذا كانت جزية الصلح على جملتهم فن أسلم منهم لم تملك أرضه وإنما ملك ماله وإن كانت على جاجهم ثم أسلم فأرضه وماله له دون جزية على شيء من ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم أنه سواء كان الصلح على جملتهم أو على جاجهم أو على مبدأ أرضهم فإن الإسلام يسقط عنهم ذلك كله والخلاف فيه والتوجيه على نحو ما تقدم (مسألة) وهذا المايق من المدة وأما ما مضى من المدة وقد بقي عليه الخراج والجزية لم يؤده فالذي في المدونة في الجزية أنه يسقط ذلك عنه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يؤخذ منه حال إسلامه

(فصل) وقوله وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة فن أسلم منهم فإن أرضه وماله للمسلمين ومعنى ذلك أن أهل العنوة وهم الذين تقدم ذكرهم أن أسلم منهم أحد لا يعرزماله ولا أرضه ويصير ذلك للمسلمين وإنما يدب قوله أرضه الأرض التي بيده فأضافها إليه لعمله فيها ولو كانت أرضاً اشتراها بعد العنوة بحيث يجوز له أن يشتري لكانت من جملة ماله حكمها حكم ماله عندي ولم أرفيه نصاً وأصل ذلك أن أرض العنوة عند مالك لا تقسم وتبقى لنواب المسلمين على رأي عمر بن الخطاب في أرض مصر وأرض العراق وقال أبو حنيفة والشافعي تقسم الأرض كسائر أموالهم والدليل على صحة ما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتبعه عليه مالك ما احتج به عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قوله تعالى ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى فقلت للرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب ثم قال تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلاً من الله ورضواناً وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ثم

ذكر تعالى الانصار فقال والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما اوتوا ويؤثرون على انفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون ثم قال والذين جاؤا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان فهذا يدل على ان لمن جاء بعد الذين افتحوا تلك المواضع حقافيا ولا يكون ذلك الابتقية الارض واما غير ذلك من الأموال فلا تبقى لمن يأتي بعدهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان اهل العنوة احرار قاله مالك وأصحابه وروى عيسى عن ابن القاسم نساؤهم كالحرائر لا ينظر الى شعورهن ودية المرأة منهن دية الحرة ذمية ووجه ذلك انهم لما لم يسترقوا وعقد لهم عقدا الذمة فقد حكم بحريتهم لان الامام فمين غلب عليه من اهل الكفر ان يقتل أو يمين أو يفادي به أو يسترقه أو يعقده الذمة على انه حر وهو لا فقد عقد لهم عقد ذمة على الجزية فهم احرار (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن مزي عن عيسى بن دينار أن الفرض الذي يفرض عليهم على جاجهم وترك الارض بايدهم عوناتهم وقال ابن حبيب ان عمر رضى الله عنه فرض الجزية على اهل مصر على كل عالج منهم أربعة دنانير من غير خراج أرضهم وجعل على الارض خراجا على حدة وقال غير ابن حبيب انه أقرهم في الارض وجعل عليهم خراجا واصل على الارض والجاجهم وجعل عليهم مع ذلك الضيافة وقال مالك تطرح عنهم الضيافة اذا لم يوف لهم قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والأظهر عندي أن يكون عليهم جزية جاجهم فن عمل أرضا كان عليه خراجها لان سبب جزية جاجهم سكنى بلاد المسلمين وحقن دماهم فيها وسبب خراج الارض الانتفاع ألا ترى أن من لم يعمر منهم أرضا فلا بد من أداء جزية ججمته ومن عمر شيئا من أرض الخراج أدى عليها وان كانت امرأة لا تجب على ججمتها جزية (مسئلة) ولا يجوز للعنوة بيع شيء من الارض لانها ملك للمسلمين لم يؤذن له في بيعها ويجوز لهم بيع غير ذلك من الرقيق وسائر الأموال رواه مسندون عن ابن القاسم وقالوا كانهم على ذلك تركوا كالأذن له في التجارة قال ويمنعون أن يهبوا ويتصدقوا ويجيىء قول ابن حبيب ان لهم ذلك فيما بقي بايدهم من مال الفتح وفيما اكتسبوه بعدهم من ذلك ويجيىء على قول ابن المواز ان ذلك لهم بما اكتسبوه دون ما أقر بايدهم (مسئلة) ومن مات من اهل العنوة فان كان له وارث ورثه رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم قال ليسئل عن ذلك أسأفتهم وأهل دينهم فن قالوا انه يرثه من ذى رحم أو غيره من رجل أو امرأة سلم اليه ذلك وفي كتاب ابن حبيب ان ماله وما كسب لورثته الا الارض فهي للمسلمين ووجه ذلك ان الارض لما افتتحت عنوة فهي للمسلمين وانما يعمرها بالخراج وأما ما كان كسبه من مال فهو لورثته وما كان بيده يوم الفتح فيخرج على وجهين نحن نذكرهما به هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وان لم يدع وارثا فقد قال ابن حبيب كل ما تركه للمسلمين في بيت المال ونحوه روى يحيى بن بن يحيى عن ابن القاسم وقال أشهب ما كان بيده من دار أو أرض فهي موقوفة أبدا للمسلمين وما كان له من مال فللمسلمين وما علم انه كان بيده يوم الفتح من مال فهو كالنيء وهذا يقتضى ان ما كان بيده يوم الفتح فانه لم يملكه وانما هو مال لأهل الفتح أقر بايدهم عوناتهم على عمارة الأرض فاذا مات أو أسلم رجع اليهم وأما على قول ابن القاسم وابن حبيب فانه يقتضى ان ما تركه بيده تركه على سبيل التملك والتارك له كما تركت له رقبته وأهله ولده (مسئلة) ومن أسلم من اهل العنوة قال ابن حبيب فقد أحرز نفسه وماله وكل ما كسب وأما الارض فللمسلمين واحتج على ذلك بان كل من أسلم على شيء في يده فهو له يريد أسلم على ان له وأما الارض فليست كذلك فانها ليست في

يده على وجهه تلك وانما هي في يده على وجه اجارة وروى عيسى بن مزين عن عيسى بن دينار من أسلم منهم فهو جرمه وماله للمسلمين وفي العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم انه يؤخذ منهم أموالهم من العين والرقيق وغير ذلك قال ابن المواز انما يؤخذ منهم ما كان بأيديهم يوم الفتح وجه قول ابن حبيب ما احتج به وجه قول عيسى وابن القاسم ان الارض لا يملكها وما ترك يده لم يملكه وانما هو كالرقيق في الخائط يستعين به العامل على العمل وهو باق على ملك صاحب الخائط وما اكتسب فعلى هذا الوجه اكتسبه وهذا يقتضيه معاهدته ومعافاته ووجه قول ابن المواز ما اكتسب ملك له وما ترك يده فعلى ملك من افتتح الارض وانما تركته على وجه العون والله أعلم

✽ الدفن في قبر واحد من ضرورة وانفاذ

أبي بكر عده النبي صلى الله عليه وسلم

بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ✽

✽ الدفن في قبر واحد

من ضرورة وانفاذ أبي

بكر رضي الله عنه عده

رسول الله صلى الله عليه

وسلم بعد وفاة رسول الله

صلى الله عليه وسلم ✽

✽ حكائي يحيى عن مالك

عن عبد الرحمن بن عبد

الله بن عبد الرحمن بن أبي

صعصة أنه بلغه ان عمرو

ابن الجوح وعبد الله بن

عمرو الانصاريين ثم

السلميين كانا قد حفر

السييل قبرهما وكان قبرهما

مما يلي السيل وكانا في قبر

واحد وهما من استشهد

يوم أحد فحفر عنهما ليغير

من مكانهما فوجد المغيرا

كأنما ماتا بالأمس وكان

أحدهما قد جرح فوضع

يده على جرحه فدفن وهو

كذلك فاميطت يده عن

جرحه ثم أرسلت فرجعت

كما كانت وكان بين أحد

وبين يوم حفر عنهما ست

وأربعون سنة

ص ✽ مالك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصة أنه بلغه أن عمرو بن الجوح وعبد الله بن عمرو الانصاريين ثم السلميين كانا قد حفر السيل قبرهما وكان قبرهما مما يلي السيل وكانا في قبر واحد وهما من استشهد يوم أحد فحفر عنهما ليغيرا كأنما ماتا بالأمس وكان أحدهما قد جرح فوضع يده على جرحه فدفن وهو كذلك فاميطت يده عن جرحه ثم أرسلت فرجعت كما كانت وكان بين أحد وبين يوم حفر عنهما ست وأربعون سنة ✽ ش قوله أنه بلغه أن عمرو بن الجوح وعبد الله بن عمرو الانصاريين كانا قد حفر السيل قبرهما يدل على أنهم دفنا في قبر واحد وذلك انه لما استدعى المسلمين حفر القبور يوم أحد لكثرة القتلى وكان قد بلغ منهم التعب والنصب وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال لهم احفروا واعمقوا وأوسعوا وادفنوا الاثنين والثلاثة في قبر واحد وقدموا أكثرهم قرأ نافع في هذا يجوز مثل هذا الضرورة قال مالك والا فالسنة أن يدفن كل واحد منهم في قبر وانما يقدم في القبر أفضلهم وهو من كان أكثرهم قرأ نافع ذلك الوقت فيضعل مما يلي القبلة ثم يجعل غيره بعد ذلك مما يليه وهذا يقتضي تفضيل النبي صلى الله عليه وسلم لاهل القرآن وحض أصحابه على الاستكثار من أخذه

(فصل) وقوله وهما من استشهد يوم أحد فحفر عنهما ليغير من مكانهما عبد الله بن عمرو وعمرو بن الجوح كانا صهرين واستشهدا يوم أحد ودفنا في قبر واحد فحفر السيل قبرهما لما كان مما يليه أو قرب منه فأرادوا نقلهما عن مكانهما ما ذلك الى موضع لا يضر به السيل فحفر عنهما لينقلا ولا بأس بحفر القبر وإخراج الميت منه اذا كان ذلك لوجه مصلحة ولم يكن في ذلك اضرار به وليس من هذا الباب نبش القبور فان ذلك لوجه الضرر وألغير منفعة

(فصل) وقوله فوجد المغيرا كأنهما ماتا بالأمس وهذه على ما نعتقه كرامة من الله تعالى خصهما بها ولعله تخلص بذلك أهل أحد ومن كان له مثل فضلهم ما فان تلك الأرض تسرع التغير الى من دفن فيها ولو كان ذلك أمرا معتادا في تلك الأرض لما ذكره في هذا الحديث على وجه التعجب منه

(فصل) وقوله وكان أحدهما قد جرح فوضع يده على جرحه فدفن وهو كذلك لعله انما ترك على ذلك لاستعجال دفنه وترك التردد والتوقف على تليين أعضائه ويحتمل أن يكون قد تعذر ذلك

فيه الابتغى شيء من أعضائه ويحتمل أن يكون قد ترك على تلك الحال ليحشر عليها والله أعلم
(فصل) وقوله فأميطت يده عن جرحه ثم أرسلت فرجعت كما كانت يقتضى أنه قد بقيت
رطوبة أعضائه ولينها ولونشف وزهبت رطوبتها لما مكن إزالة يده من مكانها إلا بكسر شيء من
أعضائه وصرفها إلى صورة تمنع رجوعها إلى مكانها إذا تركت على أنه قد كان بين وقت دفنها ووقت
الحفر عنهما ست وأربعون سنة وهذه مدة لا يكاد يبق معها الميت على المعتاد من الأحوال بقية
رطوبة ولا اتصال أعضاء والله أعلم ص **قال مالك** لا بأس بأن يدفن الرجلان والثلاثة في قبر
واحد من ضرورة ويجعل الأكبر منهما ممالي القبلة **ش** قوله لا بأس أن يدفن الرجلان
والثلاثة في قبر واحد من ضرورة يدل على أن ذلك لا يفعل إلا من ضرورة وكذلك قال أشهب
لا يكفنان في كفن واحد إلا من ضرورة وإن فعل ذلك من غير ضرورة حظه من الاساءة (مسئلة)
وكذلك يدفنان في قبر واحد من ضرورة ويقدم في اللحد الأكبر ويجعل ممالي القبلة وهذا معنى
التقديم في اللحد **وقال** أشهب يقدم في اللحد أفضلهما وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
كان يقدم في اللحد كثرهما قرآنا وهذا كله يعود إلى معنى الفضيلة فإذا استويا في الفضيلة
قدم الأكبرهما لأن اللسان حقا وفضيلة وروى موسى بن معاوية عن ابن القاسم يجعل الرجل ممالي
القبلة ثم يجعل بعدهم الصبيان ثم يجعل بعدهم النساء (مسئلة) **قال** أشهب وإذا دفن رجلان في
القبر لم يجعل بينهما ما حاز من التراب وذلك أنه لا معنى له إلا التضييق والله أعلم ص **قال مالك** عن
ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال قدم على أبي بكر الصديق مال من البحرين فقال من كان له عند
رسول الله صلى الله عليه وسلم وأى أوعدة فليأتني فجاءه جابر بن عبد الله فحفر له ثلاث حفنات **ش**
قوله قدم على أبي بكر الصديق مال من البحرين يريد من مال الله وما ينقل إلى بيت مالهم من الجزية
التي على الجاهج وخراج الأرض وعشور أهل الذمة إذا تجروا من أفق إلى أفق والركاز والمعدن إذا
أخذ منهم الخمس **قال** ابن القاسم ولم يذكروا أخذ من أهل الحرب من عشور أو ماصول أو عليه
* **قال** القاضي أبو الوليد وهذا عندي لاحق بذلك وهذا يحتمل أن ينقل إلى المدينة على وجهين
أحدهما أن ينقل إليها بعد سخله أهل تلك البلاد التي يجي فيها ذلك المال فهذا حكم كل مال يجي في
جهة من الجهات أن ينظر إلى حال تلك الجهة التي جى فيها وحال سائر تلك الجهات فإن استوت حاجتهم
وعنتهم الشدة أو السعة فرق حيث جى ولا ينقل إلى غيره من البلاد شيء منه **رواه** ابن المواز
عن مالك ووجه ذلك اختصاص الجباة (مسئلة) وإن كان غيرهما من البلاد أخرج نقل إلى غيرها
ولا يعدى منها من جبيت منهم **رواه** ابن المواز عن مالك ووجه ذلك أن لهم مزية على غيرهم في استحقاقه
لاختصاصهم به فلا يجب أن يحرموا منه وإن استحق نقل بعضها للحاجة النازلة بغيرهم **وقال** في
المجموعة والموازية وغيرها في الرجل من أهل الشام يبعث ببعض صدقاته إلى المدينة فذلك صواب
قال محمد وأرى مال كاخص المدينة بذلك لأنها بلد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا الذي قاله محمد
يحتمل ويحتمل أن يكون مال كاخص المدينة بذلك لأن الغالب على أهل المدينة الحاجة وصيق الحال وقد
قال في المدونة في الرجل يخرج زكاة ماله فيبلغه عن أهل المدينة حاجة فيرسل إليها بعض زكاته
مأريت بذلك بأسوأ شيء صوابا

قال مالك لا بأس أن
يدفن الرجلان والثلاثة
في قبر واحد من ضرورة
ويجعل الأكبر ممالي
القبلة * وحدثنى عن
مالك عن ربيعة بن
أبي عبد الرحمن أنه قال
قدم على أبي بكر الصديق
مال من البحرين فقال
من كان له عند رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأى
أوعدة فليأتني فجاءه
جابر بن عبد الله فحفر له
ثلاث حفنات

(فصل) والوجه الثاني أن ينقل إلى المدينة لانه بها كان الاتفاق واعطاء الأرزاق فكان ينقل
ذلك إلى من يرزق منه بعد سد الثغور التي كان يجي منها هذا المال والتفريق على أهلها بقدر ما يغنيهم

أو يسد حاجتهم فيفريق بالمدينة على أهل الأعطية وعلى من اعتز الخليفة بها ولزمه من حقوق المسلمين
(مسئلة) فإذا قلنا انه ينقل هذا المال الى موضع تفرقته فنماديتكاري عليه روى عيسى عن
ابن القاسم في الزكاة تنقل من بلد الى بلد لا يتكاري عليها من النفي ولكنه يبيع ذلك ويشترى
مثله في موضع القسمة وقال في العتبية عن مالك يتكاري على ذلك من النفي أو يبيعه وجه القول
الاول انه اذا لم يكن لجله وجه فالصواب يبيعه وتبلغ ثمنه الى موضع قسمته اذا لم يكن الكراء عليه
والكراء عليه من جلته يخرج للزكاة عن وجهها واخراجها من النفي ظلم لأهل النفي فلم يبق الا ما
ذكرناه ووجه القول الثاني ان النظر في ذلك للدلالة على ما بالذي هو أحوط لمستحق هذا المال فقد
يكون البيع تارة أفضل وقد يكون الحل والكراء عليه أفضل وأحوط لخصه بموضع البيع وغلته
بموضع الشراء واذا كان الصواب الكراء عليه فيكون ذلك من النفي لانه موقوف لمنافع المسلمين
والزكاة مقصورة على وجوه لا يجوز اخراجها عنها

(فصل) وقول أبي بكر رضي الله عنه من كان له عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأى أو عده فليأتنا
الوأي العهد وهو قريب من العدة في هذا الوضع واستدعى أبو بكر رضي الله عنه من كان له عند
رسول الله صلى الله عليه وسلم عده ليفي بهده وينجز عده إذ هو الخليفة والقاضي عنه ما وعده به
والمتبع لسيرته والقائم بانفاذ وصاياه وما وعده النبي صلى الله عليه وسلم فهو حق يحق على أبي بكر
وغيره ممن يأتي بعده انفاذه وقد جاء جابر إلى أبي بكر فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لي لو قد
جاء مال البحرين أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا او يعتدل أن يكون جابر ثبت ذلك عنده بشهادة عدلين
ويحتمل أن يكون أبو بكر قبل قولاً في ذلك لما رآه أهلاً لذلك وكان من حسن النظر أن يعطيه وان
لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم وعده وقد قال مالك رحمه الله قد يعطى الوالي الرجل المال جائز لأمر
يراه فيه على وجه الدين أى وجه الله بن من الوالي (مسئلة) فان كان على وجه العدة فهل هي لازمة
يحتمل أن تكون مواعيد النبي صلى الله عليه وسلم في هذا لازمة له لان وعده حق وصواب ولم يعد
من ماله عطية وانما وعده من بيت المال فكانه عين لمن وعده ذلك المقدار في بيت المال وتعيينه صواب
فيجب أن ينفذ ويحتمل أن يتنوع حكمه في ذلك حكم غيره ولا يخالو أن يكون الوعد يدخل الانسان
في أمر أو لا يدخله فيه مثل أن يقول له اشتروا بأودابته وأنا أعينك على ذلك ديناراً أو أسلفك الثمن أو
أسلفك منه كذا فهذا اتفاق أصحابنا ان هذه العدة لازمة يحكم بها على الواعد (مسئلة) وأما ان كانت
عدة لا تدخل من وعده في شيء فلا يخالو من أن تكون مفسرة أو مهمة فان كانت مفسرة مثل أن
يقول الرجل للرجل أعزني دابتك الى موضع كذا فيقول أنا أعيرك غداً أو يقول على دين فأسلفني
مائة دينار أقضه فيقول أنا أسلفك فهذا قال أصبغ في العتبية يحكم بالجزاء ما وعده كالذي يدخل
الانسان في عقد وظاهر المذهب على خلاف هذا لانه لم يدخله بوعده في شيء يضطره الى ما وعده
(مسئلة) وأما ان كانت مهمة مثل أن يقول له أسلفني مائة دينار ولا بد كراجته اليها أو يقول
أعزني دابتك أركبها ولا بد كرهه موضعاً ولا حاجة فهذا قال أصبغ لا يحكم عليها (فرع) فإذا
قلنا في المسئلة الاولى انه يحكم عليه بالعدة اذا كان لا مراً أدخله فيه مثل أن يقول له انكح وأنا أسلفك
مائتي دينار فان رجعت عن ذلك الوعد قبل أن ينكح من وعده فهل يحكم عليه بذلك أم لا قال أصبغ
في العتبية يلزمه ذلك ويحكم به عليه ألزمه ذلك بالوعد والله التوفيق

(فصل) وقوله فخفف له ثلاث حففات امتثالاً للصيغة مواعيد النبي صلى الله عليه وسلم وقد روى انه كان

في كل حفتة خمسمائة دينار والله أعلم تم كتاب الجهاد بحمد الله

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب النذور والايمان

ما يجب من النذور في المشي

ص مالمالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن عباس أن سعد بن عباداً استفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن أمتي ماتت وعليها نذر ولم تقضه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضه عنها ش قوله إن سعد بن عباداً استفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد سأل سؤال الملتزم لحكمة الرجوع إلى قوله وذلك يسمى مستفتياً وقول المفتي له يسمى فتوى وذلك إنما يكون لجميع الأمة مع النبي صلى الله عليه وسلم أو الغاي مع العالم على وجه الاختبار له والمذاكرة وعلى وجه الاستفتاء فأما العالمان اللذان يسوغ لكل واحد منهما الاجتهاد مع وجود الآخر فإنه إذا سأل أحدهما الآخر لا يخاف أن يسئله على وجه الاختبار والمذاكرة أو على وجه الاستفتاء والتقليد فأما سؤاله على وجه المذاكرة والمناظرة فإن ذلك ليس باستفتاء بل هو مذاكرة ومناظرة وذلك جائز لهما إذا التزم شرط المناظرة من الانصاف وقصد اظهار الحق والتعاون على الوصول اليه وتبيينه وسامان المرء وقصد المغالبة وقد فعل ذلك الصحابة ومن بعدهم من العلماء إلى وقتنا هذا وأما سؤاله إياه مستفتياً فإنه لا يجوز مع تساويهما في العلم ويمكن السائل من النظر والاستدلال لأن فرض كل واحد منهما الاجتهاد دون السؤال وإن كان لأحدهما شغوف في العلم فهل يجوز للذي دونه أن يقلده مع تمكنه من النظر والاستدلال الذي عليه جمهور العلماء أن ذلك لا يجوز له وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ذلك جائز له والدليل لما ذهب إليه الجمهور ما قدمناه من أن فرضه الاجتهاد دون السؤال (مسئلة) وأما أن خاف العالم فوات الحادثة فهل له أن يستفتي غيره ذهب القاضي أبو محمد إلى جواز ذلك ومنع منه سائر أصحابنا وقالوا تخلى القضية من قوله ويتركها غيره وهذا يتصور فيما يستفتي فيه وأما ما يخصه فلا بد منه كما قاله القاضي أبو محمد والله أعلم وقد بسطت القول في ذلك كله وفي صفة المفتي وصفة المستفتي في غير هذا الكتاب مما يغني عن إعادته (فصل) وقوله إن أمتي ماتت وعليها نذر لم تقضه يقتضي أن النذر مباح جائز لأن سعداً ذكر أن أمة نذرت وسمع ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره بل أمره أن يقضيه عنها ولا خلاف في جوازه وأما ما روى عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم عن النذر وقال إنه لا يردي شيئاً ولكنه يستخرج من البخيل فأنما معنى ذلك أن تنذر لمعنى من أمر الدنيا مثل أن يقول إن شفي الله مرضي أو قدم غائب أو نجاني من أمر كذا أو رزقني كذا فاني أصوم يومين أو أصلي صلاة أو أتصدق بكذا فهذا المكروه المنهي عنه وإنما كان يستحب أن يكون فعله ذلك لله تبارك وتعالى رجاء ثوابه وأن يكون نذره على ذلك الوجه دون تعلق نذره بشئ من أمر الدنيا وغرضها (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن النذر يلزم في الجملة والأصل فيه قوله تعالى يوفون بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيراً ومن جهة السنة ما روى عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء قوم ينذرون ولا يوفون ويخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون ويظهر فيهم السنين فعاب النبي صلى الله عليه وسلم القرن بأهل ينذرون ولا يوفون وهذا يدل على أنه

بسم الله الرحمن الرحيم
كتاب النذور والايمان
ما يجب من النذور
في المشي

حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن عبيد
الله بن عبد الله بن عتبة
ابن مسعود عن عبد الله
ابن عباس أن سعد بن عباداً
استفتى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال إن أمتي
ماتت وعليها نذر ولم تقضه
فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اقضه عنها

غير جائز ولا مباح ولو كان جائزا ترك الوفاء بالنذر لماعاب به القرن
 (فصل) وقوله ان أمي ماتت وعليها نذر يحتمل أن يكون مطلقا ويحتمل أن يكون مقيدا المطلق
 مثل أن يقول المكاف لله على نذر ولا يجعل له مخرجا والمقيد مثل أن يقول لله على نذر صوم يوم أو
 صلاة ركعتين أو صدقة بدينار أو حج أو غير ذلك من أعمال البر فكل النذر ين جائز فان كان مطلقا
 فان فيه كفارة يمين عند مالك وعن الشافعي في ذلك قولان أحدهما انه لا ينعقد هذا النذر والثاني
 انه ينعقد ويجب عليه أقل ما يقع عليه الاسم والدليل على صحة انعقاده قوله تعالى وليوفوا نذورهم
 ودليلنا من جهة السنة خبر ابن عباس هذا وفيه من قول سعد ان أمي ماتت وعليها نذر والاظهر انه
 مطلق لانه لو كان مقيدا لاستفسره النبي صلى الله عليه وسلم عما نذر لان من النذر المقيد ما يجب الوفاء
 به ومنه ما لا يجب الوفاء به وهو أن يكون مباحا ومنه ما لا يحل الوفاء به وهو أن ينذر محرما فلما كان
 النذر المقيد يتنوع الى ما لا يجوز والى ما يجوز كان الأظهر انه لو كان مقيدا لسأله عن وجه نذرها ليميز
 منه ما يجوز مما لا يجوز وبحسب ذلك يكون الجواب ولما لم يستل كان الأظهر انه النذر المطلق الذي
 لا يكون منه ما يجوز وما لا يلزم ودليلنا من جهة القياس انه نذر قصد به القرية فوجب أن يتعلق به
 الوجوب أصل ذلك اذا كان مقيدا بما فيه قرية

(فصل) واذا قلنا ان نذر أم سعد من جهة اللفظ يصح أن يكون مطلقا ويصح أن يكون مقيدا فقد
 مضى الكلام في النذر المطلق فأما المقيد فانه قد قيد بما فيه قرية وقيد بمباح لاقربة فيه وقيد
 بمحرم فاذا قيد بما فيه قرية فانه يلزم وان لم يتعلق بشرط ولا صفة مثل قوله لله على أن أصلي صلاة
 أو أصوم صوما وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم النذر وان كان مقيدا الا أن يتعلق بشرط أو صفة
 مثل أن يقول لله على صوم يوم أو صلاة أو صدقة ان قدم غائبي أو نزل المطر اليوم أو فرج عن المريض
 والدليل على ما نقوله قوله تعالى يوفون بالنذر ويخافون يوما لم يفرق بين التعلق بصفة ولا بغير صفة
 فيجب أن يحمل على عمومهم ودليلنا من جهة السنة ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من نذر أن
 يطيع الله فليطعمه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه ودليلنا من جهة القياس انه ألزم نفسه من جهة النذر
 ما يلزم الوفاء بجنسه فوجب أن يلزمه أصل ذلك اذا علق بصفة (مسئلة) ويلزم النذر على وجه
 اللجاج والغضب وقال الشافعي هو مخير في نذره على اللجاج بين أن يكفر كفارة يمين وبين أن يفي به
 والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى أو فوا بالعقود والوفاء بها أن يأتي بها على حسب ما التزمها
 ودليلنا من جهة السنة قوله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه ودليلنا من جهة
 القياس ان هذه حال يلزم فيها الوفاء بالطلاق والعناق فلزم فيها الوفاء بسائر القرب كحال الرضى
 (مسئلة) وأما اذا نذر أمرا مباحا كالجلاس والقيام والاضطجاع فلا يلزمه بذلك شيء وبه قال
 أبو حنيفة والشافعي وقال ابن حنبل هو مخير بين فعله وبين كفارة يمين ودليلنا على صحة ما نقوله أن
 هذا نذر ما ليس بقربة فلم ينعقد نذره أصل ذلك اذا نذر معصية

(فصل) وقوله ان أمي ماتت وعليها نذر لم تقضه يحتمل أنها لم تقضه ولم يجب عليها بعد وان كانت قد
 انعقدت يمينها به ويحتمل أنها لم تقضه وقد وجب عليها فاما ان لم تكن قضته لأنه لم يجب عليها بمثل
 أن تقول لله على نذر ان قدم فلان أو ان شفى فلان أو ان جاء فلان هذا الشهر فمات قبل ذلك فانه
 لا يلزمها قضاءه وان فعلت فحسن مثل ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم اني نذرت اعتكاف يوم في الجاهلية فقال له صلى الله عليه وسلم أوفى بنذرك فأمره

صلى الله عليه وسلم بالوفاء به لأنه التزمه في حال كفره وتلك حال لا يلزم ما نذر فيها (مسئلة) ومن ذلك أن تقول على نذران كملت فلانا فأرادت أن تكفر نذرهما قبل أن تحنث فيه وقد اختلف قول مالك في كفارة اليمين قبل الحنث فقال مرة لا تجوز وبه قال أبو حنيفة وقال مرة تجوز وبه قال الشافعي وجه القول الاول أنه كفارة فلا يجوز تقديمها على موجب أصل ذلك كفارة القتل ووجه الرواية الثانية ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير ومن جهة القياس أن الكفارة معنى يحل اليمين فجاز أن تقدم على الحنث كاستثناء (مسئلة) فأما إذا وجب ذلك عليها مثل أن تقول لله على نذر ان قدم فلان أو أن كملت فلانا فوجب عليها بقدوم فلان أو بان كملت فلانا ثم ماتت قبل أن تقضى فلا يخلو أن يكون ذلك لتعذر القضاء بسرعة موتها قبل أن تقضى نذرها ولعلمها ماتت فجأة وقد روى عن سعد بن عباد أنه يحتمل أن تكون أخرت لجواز تأخيرها لأنه لا يلزم من حنث في يمين أن يكفر حين الحنث وله تأخيرها ما لم يغلب على ظنه الفوات لكنه يستعجله التعجيل ليسرى ذمته مما لزمه فقول سعد وعليها نذر على هذا الوجه بين لأن لفظة على إنما تستعمل فيما يلزم الإنسان ويجب عليه وأما على الوجه الاول فإنه يصح أن يقال أيضا عليها نذر بمعنى أنها كانت عقده والتزمته وان لم يجب بعدها إذاؤه ولكنه في الوجه الثاني أظهر وأبين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أقضه عنها يقتضى أنه يصح أداء ذلك عنها وان ذلك يبرئها ويقضى عنها وان كان لفظه لفظ الامر فان مقتضاه النذر بقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى فلا يجوز أن يلزمه هو النذر بنذرها والتزامها ويوجب ذلك عليه القضاء عنها (مسئلة) اذا ثبت ذلك من أنه لا يجب عليه ولا يجوز له فعله فإنه ان كان نذرا مطلقا فان كفرته كفارة يمين وهو معنى متعلق بالمال وان كان مقيدا فإنه لا يخلو أن يكون مختصا بالمال كالصدقة والعق أو يكون مختصا بالبدن كالصلاة والصيام أو يكون له تعلق بهما كالحج والجهاد فان كان مختصا بالمال كالصدقة والعق والتعجيس في سبيل الله فإنه لا خلاف في جواز النية فيه وان لم يشاء أن يقضيه عن الميت وينوب في ذلك نية عن نية الميت فما كان منها مختصا بالبدن كالصلاة والصيام فإنه لا يصح أن يقضيه أحد عنه ولا ينوب فيه عنه وان كان مما يتعلق بالمال والبدن كالحج فقد قال مالك أنه يجوز أن ينفذه وصية الموصى بان يحج عنه وهذا يقتضى أنه يصح أن يحج عنه من شاء من ورثته بعده وقد تقدم بيانه في كتاب الحج فاذا قلنا ان قول سعد أن أمي ماتت وعليها نذر يقتضى النذر المطلق فان معناه المال لأن كفرته كفارة يمين ولا خلاف في صحة النية في ذلك واذا قلنا أنه يحتمل النذر المقيد فان الظاهر أنه مقيد بما يختص بالمال أو بماله تعلق بالمال والبدن ولذلك أمره أن يقضيه عنها ولو كان مما يختص بالبدن لم يأمره بذلك لأن النية لا تصح فيه كالأصح في فروضه (مسئلة) ومن ناب عن غيره ممن نذر المشى الى مكة فلم يقضه هل ينوب عنه في المشى بقدمه ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمته أنها حدثته عن جدته أنها كانت جعلت على نفسها مشيا الى مسجد قباء فماتت ولم تقضه فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها قال يحيى وسمعت مالكا يقول لا يمسن أحد عن أحد * ش قوله جعلت على نفسها مشيا الى قباء يقتضى أنها اعتقدت كونه قربة لمن قرب منه ويدل على ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأتي قباء راكبا ومشيا فان كان بالمدينة ونذر مشيا الى مسجد قباء فقد روى ابن حبيب عن ابن وهب عن مالك فيمن نذر مشيا الى مسجد وهو معه بالبلد

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمته أنها حدثته عن جدته أنها كانت جعلت على نفسها مشيا الى مسجد قباء فماتت ولم تقضه فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها قال يحيى وسمعت مالكا يقول لا يمسن أحد عن أحد

فانه يمشى اليه ويصلي فيه وقيل أوجب ابن عباس في مسجد قباء قال وقباء على ثلاثة أميال من المدينة وفي كتاب ابن المواز فيمن نذر أن يصلي في مسجد غير المساجد الثلاثة فليصل بموضعه ويجزئه إلا أن يكون قريبا جافا لئلا يوصل فيه وهذا على ما رواه ابن عباس وأفتى به من نذره من نساء أهل المدينة وأما من كان بغير المدينة ممن يتكلف إليه سفر أفاة لا يجوز قصده ومن نذر ذلك لم يلزمه والأصل في ذلك حديث أبي بصرة الغفاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد مسجدي هذا والمسجد الحرام ومسجد إيلياء فالمشى إلى مسجد قباء ممن قرب منها ليس من أعمال المطى فأما من نذر مشيا إليه ممن على بعد ممن يكون من جهة أعمال المطى أو نذر مشيا إلى مسجد الكوفة أو البصرة أو غيرها من البلاد للصلاة فيه فمن هو منها على سفر لم ينقض نذره لأنه نذر نذرا محظورا ممنوعا منه وأما من نذر تيان مكة فانه يلزمه ذلك وبه قال جماعة الفقهاء وسيأتي ذكره بعد هذا مستوعبا إن شاء الله تعالى (مسئلة) وأما من نذر مشيا إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو مسجد بيت المقدس فإن عندنا لا يلزمه ذلك خلافا للشافعي في قوله لا يلزمه ذلك والدليل على صحة ما نقوله الحديث المتقدم في قوله لا تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد وهذا يقتضي أعمالها إلى كل واحد منها والصلاة فيها قرينة فوجب أن يلزم بالنذر ودليلنا من جهة القياس أن هذا مسجد ورد الشرع بأعمال المطى إليه فوجب أن يلزم قصده بالنذر كالمسجد الحرام (مسئلة) إذا ثبت أنه يلزم بالنذر قصدها فهل يلزم المشى لمن نذر المشى إليه قال مالك يأتها را كبا وهل ان كان قريبا مثل الأميال اليسيرة أناها ماشيا وهذا خفيف وقيل لا يمشى وان كان ميلا وجه القول الأول في نفي وجوب المشى أن هذين المسجدين لا تتعلق القرينة بهما بالمشى فلذلك لم يلزم المشى إليهما من نذره ووجه الرواية الثانية أن هذا مسجد يلزم أتياه من نذره فلزم المشى إليه لمن نذره كالمسجد الحرام

(فصل) وقوله فانت ولم تقضه على ما تقدم وقوله فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها أجراء مجرى ما تصح فيه النيابة من الحج وذلك أنه نذر متعلق بقطع مساقه في نفسها قرينة فجاز أن تدخله النيابة كالحج والجهاد وعلى هذا القول تدخل النيابة في قصد مسجد النبي صلى الله عليه وسلم وقصد مسجد المقدس وقد قال مالك في العتية في التي نذرت المشى إلى مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم فانت قبل ذلك لا يفعل ذلك أحد عن أحد وإن شاء وأتصدقوا عنها بقدر كراهتها وزادها ذاهبة وراجعة وهذا لا يمنع ما ذكرناه من النيابة ولو أوصت به لأن هذا حكم من التزم المشى إلى مكة لا يحج أحد عنه وإن شاء وأتصدقوا بقدر النفقة ولو أوصى به لنفدت وصيته * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندى أن يكون حكم قباء غير حكم المسجد الحرام لأن قطع المسافة التي تتعلق بنفقة المال إليه ليست بقربة وإنما القرينة في الصلاة فيه خاصة وحكمه في قطع المسافة إليه حكم سائر المساجد وهذا عندى أظهر والله أعلم

(فصل) وقول مالك لا يمشى أحد عن أحد يحتمل أن يريد به في حج ولا غيره ويحتمل أن يريد به في المشى إلى قباء خاصة وحج على عموميه أظهر لقولنا بالعموم لأن المشى عمل يختص بالبدن ولا يتعلق به المال وإن كان المشى إلى مكة يتعلق بالمال والبدن صرح مالك عن عبد الله بن أبي حبيبة قال قلت لرجل وأنا حديث السن ما على الرجل أن يقول على مشى إلى بيت الله ولم يقل على نذر

* وحديثي عن مالك عن
عبد الله بن أبي حبيبة قال
قلت لرجل وأنا حديث
السن ما على الرجل أن
يقول على مشى إلى بيت
الله ولم يقل على نذر

مشى فقال رجل هل لك أن أعطيك هذا الجرو لجرو قنائه يديه وتقول على مشى الى بيت الله قال
فقلت نعم فقلته وأبومثد حديث السن ثم مكثت حتى عقلت فقيل لي ان عليك مشيا فبحثت سعيد
ابن المسيب فسألته عن ذلك فقال عليك مشى فخشيت قال مالك وهذا الأمر عندنا ^ش قوله قلت
وأنا حديث السن يريد انه لم يكن فقه بعد لصغر سنه وحداثته وانه لم يبلغ من السن مبلغا يتسع لتفقه
في مثل هذا من الأمور التي تندر وليست بمعتادة كالصوم والصلاة التي تتكرر ويلزم التفقه
فيها من أول العمر وروى ابن حبيب عن مالك قال وكان عبد الله بن أبي حبيبة يومئذ قد بلغ الحلم الا
انه كان صغيرا يحدثان بلوغه

(فصل) وقوله أعلی الرجل أن يقول على مشى الى بيت الله ولم يقل على نذر مشى يريد انه لا شيء
عليه في قوله على مشى الى بيت الله ولا يلزم به حج ولا غير ذلك مما يتعلق به النذر حتى يتلفظ بالنذر
فيقول على نذر مشى الى بيت الله فاعتقدان لفظ الالتزام والایجاب اذا عرامن لفظ النذر لم يجب
عليه به شيء وهذا لانه لم يكن تفقه في هذه المسئلة ولا عرف حكمها ولا ما يلزم منها ولعل ذلك أمر قام
في نفسه من غير نظر ولا تأمل فاعتقد صحته والذي روى ابن المواز وغيره عن مالك ان ذلك سواء
يلزمه المشى الى مكة ذكر النذر أو لم يذكره وبذلك أجابه سعيد بن المسيب وقد روى عن سعيد
والقاسم بن محمد انه لا يلزمه شيء حتى يذكر النذر وقد جعلاه من باب الخبر على أن اسناده عن سعيد بن
المسيب ضعيف

(فصل) وقول الرجل له هل لك ان أعطيك هذا الجرو لجرو قنائه يديه وتقول على مشى الى بيت
الله على معنى الانكار لقوله والجل له على تعب المشى الى بيت الله ان لم يرجع عن قوله ذلك واعتقد
انه يغتنم منه أخذ جرو القنائه لغير سبب ومثل هذا مما يجب أن لا يفعل فر بما جل الانسان لاسيما من
لا علم عنده اللجاج على التزام ما يشق عليه ور بما لم يمكنه الوفاء به وقد كان الأولى أن يعلمه بوجه
الصواب فيما قال فان أناب اليه والاحضه على السؤال عنه لكن ر بما اعتقد فيه انه اذا لم يلزم هذا
القول أغفل السؤال عنه والبحث عن الصواب فيه

(فصل) وقول عبد الله بن أبي حبيبة على مشى الى بيت الله على ذلك الوجه من باب النذر على
سبيل اللجاج وقد تقدم من قولنا انه يلزم اذا كان مما يلزم مثله لانه قربة وقد أمر به ابن المسيب
بالوفاء به وأعلمه أن المشى الذي التزمه لازم له (مسئلة) وقوله ثم مكثت حتى عقلت يريد انه
عقل أمره وأقبل على أمر دينه والاهتبال بما يلزمه منه ومجالسة أهل الدين والعلم ومذاكرتهم لما
جرى له من ذلك فقيل له ان عليه المشى على حسب ما التزمه ولان ترك التلفظ بالنذر لا يمنع أن يجب
عليه ما التزمه (مسئلة) وقوله فسألهما عن ذلك سعيد بن المسيب يحتمل أن يكون الذين أخبروه
بوجوب ذلك عليه لم يكونوا عنده من أهل العلم والاجتهاد فلم يرتقليدهم في ذلك حتى سأل عنه ابن
المسيب لانه كان أعلم وقته بعد الصحابة وقد اختلف الناس فيمن نزلت به نازلة من العامة من
يقلد في ذلك ويقول من يأخذ بلا خلاف يجوز له الأخذ بقول أفضلهم وأعلمهم وهل يجوز له الأخذ
بقول غيره اذا اكملت له آلات الاجتهاد اختلف الناس في ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندى انه
يجوز له الأخذ بقول من شاء منهم وقد قال قوم من أهل الأصول ليس له الأخذ الا بقول أفضلهم
وأعلمهم والدليل على ما نقوله انه لا خلاف ان بعض الصحابة كان أفضل من بعض وأعلم وقد كان
جميع فقهاءهم يفتي وينتهي الناس الى قوله ويأخذون به ولو وجب الاقتفاء على قول أفضلهم وأعلمهم
لما جاز لغيره أن يفتي

مشى فقال لي رجل هل لك
أن أعطيك هذا الجرو وجرو
قنائه وتقول على مشى
الى بيت الله قال فقلت نعم
فقلته وأبومثد حديث
السن ثم مكثت حتى عقلت
فقيل لي ان عليك مشيا
فبحثت سعيد بن المسيب
فسألته عن ذلك فقال لي
عليك مشى فخشيت قال
مالك وهذا الأمر عندنا

(فصل) وقول ابن المسيب عليك مشى على سبيل القبوى والجواب عن مشيه الذي سأل عنه من قوله على مشى الى بيت الله وفي ذلك مسثلان احدهما ان ما سأل عنه من قوله على مشى يلزم دون أن يقرن به لفظ النذر ووجه ذلك أن النذر لا يفيد أكثر من التزام ما جعله على نفسه وقوله على مشى الى بيت الله تصريح بذلك ونص فيه فوجب أن يلزمه وان جاز أن يتأول في قوله على مشى الى بيت الله ولا يذ كر حجا ولا عمرة فلا يخفى أن تكون له نية أو لانيته فان كانت له نية فهو على ما نوى فان نوى مكة أو مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو مسجد بيت المقدس فهو على ما نوى وان نوى مسجدا من المساجد غير هاتيه ولا يلزمه المشى الى غير ما نوى رواه ابن وهب عن مالك في المدونة ووجه ذلك أن اللفظ واقع على كل مسجد فاذا نوى ما يتأوله اللفظ كان ذلك له لاسيما فيما لا يحكم به عليه وان لم تكن له نية فقد قال مالك في المسونة يلزمه المشى الى مكة ووجه ذلك ان هذا اللفظ وان كان واقعا على سائر البيوت والمساجد فانه أظهر في المساجد منه في البيوت وهو في مكة على طريق الاختصاص أظهر منه في سائر المساجد كما أن عبد الله ورسوله واقع على سائر الرسل الا انه في نبينا صلى الله عليه وسلم أخص ووجه الاختصاص أظهر فيجب أن يجعل عليه

(فصل) وقوله فخشيت يريده انه التزم ذلك وقلداً بن المسيب فيما أفتاه به فشى الى مكة في حج أو عمرة وسنين أحكام ذلك بعده ان شاء الله وقول مالك وعلى هذا الأمر عندنا يريده من فتوى ابن المسيب في ذلك وليس قول مالك هنا عندنا بن القاسم ولا أكثر رواة الموطأ

﴿ ما جاء فبين نذر مشيا الى بيت الله فعجز ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن عروة بن أذينة الليثي انه قال خرجت مع جدتي عليها مشى الى بيت الله حتى اذا كنا ببعض الطريق عجزت فارسلت مولى لها يسأل عبد الله بن عمر فخرجت معه فسأل عبيد الله بن عمر فقال له عبد الله بن عمر مرها فلتركب ثم لتمش من حيث عجزت قال يحيى وسعنت مالكا يقول وأرى عليها مع ذلك الهدى * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وأبا سلمة بن عبد الرحمن كانا يقولان مثل قول عبد الله بن عمر ﴿ ش قوله خرجت مع جدتي عليها مشى الى بيت الله يقتضي اعتقاد وجوب ذلك عليها والأظهر انها لا تتكلف ذلك وتبلغ منه ما يشق عليها ان تعجز عن اتمامه الا بعد ان توجب ذلك على نفسها ان كانت من أهل العلم أو تسأل عن ذلك غيرها ممن يعتقدها يلزمها بتقليدها فافتاها بذلك ووجوب المشى * قاله على بن أبي طالب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس والدليل على ذلك ما روى عن عقبه بن عامر انه قال نذرت أختي أن تمشى الى بيت الله فأمرتني أن استفتي لها النبي صلى الله عليه وسلم فاستفتيت النبي صلى الله عليه وسلم قال لتمش ولتركب ووجه ذلك من جهة المعنى ان الحج فربة تلزم من نذرهما والمشى اليه نوع من السير اليه وذلك مشر وع مما يقترب به كالمشى الى المساجد والجنائز والجمع والطواف والسعي فلزمه نذره على الصفة التي التزمها (مسئلة) اذا ثبت ذلك في ذلك ست مسائل احداها في تعليق المشى بمكان يلزم المشى اليه وتبينه مما لا يلزم والثانية فيما يلزم بالنذر من المشى والسير والثالث في ابتداء ذلك في الزمان والمكان والرابعة في العمل فيه والخامسة في انتهائه والسادسة في مشاركة غيره له * فاما المسئلة الأولى فان المشى يتعلق بالأما كن على ثلاثة أضرب ضرب اذا علق المشى به وجب السير اليه والمشى فيه وضرب اذا علق المشى به لم يجب السير اليه ولا المشى فيه وضرب اذا علق المشى به وجب السير اليه ولم يجب المشى * فاما الأول فان منه ما اتفق عليه

﴿ ما جاء فبين نذر مشيا الى بيت الله فعجز ﴾

ص ﴿ مالك عن عروة بن أذينة الليثي أنه قال خرجت مع جدتي عليها مشى الى بيت الله حتى اذا كنا ببعض الطريق عجزت فارسلت مولى لها يسأل عبد الله بن عمر فخرجت معه فسأل عبد الله بن عمر فقال له عبد الله بن عمر مرها فلتركب ثم لتمش من حيث عجزت قال مالك وري عليها مع ذلك الهدى * مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وأبا سلمة بن عبد الرحمن كانا يقولان مثل قول عبد الله بن عمر ﴿ ش قوله خرجت مع جدتي عليها مشى الى بيت الله يقتضي اعتقاد وجوب ذلك عليها والأظهر انها لا تتكلف ذلك وتبلغ منه ما يشق عليها ان تعجز عن اتمامه الا بعد ان توجب ذلك على نفسها ان كانت من أهل العلم أو تسأل عن ذلك غيرها ممن يعتقدها يلزمها بتقليدها فافتاها بذلك ووجوب المشى * قاله على بن أبي طالب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس والدليل على ذلك ما روى عن عقبه بن عامر انه قال نذرت أختي أن تمشى الى بيت الله فأمرتني أن استفتي لها النبي صلى الله عليه وسلم فاستفتيت النبي صلى الله عليه وسلم قال لتمش ولتركب ووجه ذلك من جهة المعنى ان الحج فربة تلزم من نذرهما والمشى اليه نوع من السير اليه وذلك مشر وع مما يقترب به كالمشى الى المساجد والجنائز والجمع والطواف والسعي فلزمه نذره على الصفة التي التزمها (مسئلة) اذا ثبت ذلك في ذلك ست مسائل احداها في تعليق المشى بمكان يلزم المشى اليه وتبينه مما لا يلزم والثانية فيما يلزم بالنذر من المشى والسير والثالث في ابتداء ذلك في الزمان والمكان والرابعة في العمل فيه والخامسة في انتهائه والسادسة في مشاركة غيره له * فاما المسئلة الأولى فان المشى يتعلق بالأما كن على ثلاثة أضرب ضرب اذا علق المشى به وجب السير اليه والمشى فيه وضرب اذا علق المشى به لم يجب السير اليه ولا المشى فيه وضرب اذا علق المشى به وجب السير اليه ولم يجب المشى * فاما الأول فان منه ما اتفق عليه

أصحابنا ومنه ما اختلفوا فيه فاما تعليق المشى بالبيت كقولك الى بيت الله أو الى الكعبة أو لشيء منه كقولك الى الركن أو الحجر أو بما يشغل عليه البيت من جهة البنيان كقولك الى المسجد الحرام أو الى مكة فهذا الاخلاف في المنهج في وجوب المسير والمشى وقد اختلفت الرواية عن ابن القاسم في الحاق الحجر والحطيم بذلك وقال أصبح اذا سمى شيئا ما بقربة مكة كقولك الصفا والمروة وأبي قبيس وفعيقان وأجنادين والأبطح والحجون وشبه ذلك لزمه واذا سمى ما هو خارج من قرية مكة لم يلزمه وقال ابن حبيب اذا سمى شيئا مما في الحرم كنى والمزدلفة وغير ذلك لزمه وان سمى شيئا مما هو خارج الحرم لم يلزمه الا عرفة وقدر روى القاضي أبو اسحق مثل هذا عن أشهب وزاد الا أن ينوي الموضع المسمى بعينه فلا يلزمه وبهذا قال الشافعي الا ذكر عرفة وقال أبو حنيفة لا يلزمه في القياس شيء من ذلك كله ونسبته حسنة اذا قال الى بيت الله أو الكعبة ومكة فوجه قول ابن القاسم انه علق المشى بغير البيت مما لا يشغل عليه بالبنيان فلم يلزمه أصل ذلك اذا علقه بسائر البلاد وقولنا بما لا يشغل عليه بالبنيان احتراز من قوله على المشى الى الحرم فقد قال ابن القاسم لا يلزمه معنى ذلك انه لا يشغل على البيت بالبنيان وهذا فارق قوله على المشى الى مكة وإلى المسجد الحرام لان مكة والمسجد الحرام يشتملان على البيت بالبنيان ووجه قول أصبح ما احتج به ابن حبيب من قوله ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ومعنى ذلك ان هذا الحكم عند مختص بحاضري المسجد الحرام وهي القرية وما كان فيها * وأما المسئلة الثانية فيما يلزم من نذر مشيا أو مسيرا فقد ذكرنا ان من نذر مشيا الى مكة انه يلزمه المشى اليها لانه صرح بالمشى وان صرح بهذا المشى فنذر الركوب الى مكة أو لم يصرح فنذر الانطلاق الى مكة والمسيرا اليها في المدونة عن ابن القاسم قولان أحدهما الركوب وبه قال أشهب والثاني انه لا شيء عليه إلا أن ينوي حجاً أو عمرة وجه القول الأول ان مكة تتعلق بها عبادة وهي الحج والعمرة فاذا نذر المضى اليها لزم بمجرد النذر وان لم تقترب بنذره نية كمن نذر المضى الى مسجد الرسول عليه الصلاة والسلام ووجه القول الثاني ان هذا اللفظ لا يستعمل في المضى الى مكة على وجه النذر والقسم فلذلك لم يلزم به حكم حتى تقترب به نية القرية كمن نذر المضى الى المدينة على سائر أفضل الصلاة والسلام ومعنى قول ابن القاسم في القول الأول عليه الركوب يريد فمين نذر الركوب الى مكة وقد قال ابن المواز عن أشهب في هذا ان أراد المشى لم يجزه ذلك لانه أراد التخفيف عن نفسه وأما الذي ينذر المسيرا والذهاب فهو خير بين الركوب والمشى لان نذره لم يتعلق بأحد مما بلفظ ولانية (فرع) اذا ثبت ذلك فن نذر مشياً أو مضياً فلا يخلو أن يقيده ذلك بحج أو عمرة أو يطلقه فان قيد ذلك بحج أو عمرة وكان تقييده ذلك بلفظ أو نية لزمه على ما التزمه ولم يجزله أن يقضيه ولا شيئاً منه في غير ما قيده به في رواية ابن القاسم عن مالك وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان قيده بحج لم يجزله أن يقضى ما فاته من مشيه في عمرة وان قيده بعمرة جازله أن يقضى ما فاته منه في حج لان عمل الحج أكثر وجه قول مالك انه قد قيد نذره بنفسك فلا يجوز له أن يؤديه ولا يقضى شيئاً منه في غيره أصل ذلك ان قيده بالحج فليس له أن يؤدى مشياً ولا يقضى شيئاً منه في عمرته (فرع) فان لم يقيده بلفظ ولانية لم يجزله أن يجعل مشيه في مسير حج ولا عمرة رواه ابن وهب عن مالك ووجه ذلك أن المضى في نفسه ليس بقربة الا اذا كان لاداء عبادة فلذلك لم يلزم بالنذر الاعلى وجه القرية فاذا قلنا لا يلزمه من أحدهما جازله أن يجعل ذلك في حج أو عمرة * وأما المسئلة الثالثة في ابتداء ذلك في الزمان والمكان فان ذلك أيضاً على وجهين أحدهما أن

يقيده بزمان أو مكان فيلزمه على ماقيده به مثل أن يقول على مشى الى مكة من موضع كذا أو على احرام
بحج من موضع كذا أو في شهر كذا لما يستقبل وسواء قيد ذلك بالنطق أو بالنية رواه ابن الموازن عن
مالك (فرع) فان أطلق ولم يقيد ذلك لحلف بالمشى الى مكة بموضع وحنث بغيره فقد روى ابن
حبيب عن مالك يلزمه المشى من موضع يمينه وروى ابن الموازن عن عبد الملك انه يمشى من حيث شاء
من ذلك البلد وقال عن مالك الا أن يكون يمينه بمكة فانه يخرج الى الحل فيمشى منه محرماً فان جهل
فأحرم من مكة خرج الى الحل محرماً ومشى منه ووجه ذلك ان يمينه بالمشى الى مكة يقتضى المشى من
حيث حلف لان ذلك مقتضى لفظه مع الاطلاق لان موضع حنثه لا يعلمه حين يمينه فلزم المشى من
موضع يمينه فان كان بمكة واقتضى لفظه المشى اليها لزمه المشى اليها وذلك من حيث شاء وأقرب
المواضع بجزئه من ذلك وهو أدنى الحل فيجب أن يكون احرامه منه لما يلزمه من الخروج اليه فان جهل
فأحرم من مكة لزمه الخروج اليه لما التزمه من المشى منه ولم يمكنه أن يتحلل من احرامه بعد الدخول فيه
فيخرج اليه محرماً (فرع) ومن قال أنا محرّم ان فعلت كذا الحنث فان قيد ذلك بوقت أو مكان وكان
تقييده بلفظ أو نية فهو على ماقيده وان لم يقيد بلفظ ولا نية فقد قال مالك ان كان قيد احرامه بعمره
لزمه الاحرام يوم يحنث ان وجد من يصعبه فان لم يجد صحبة وخاف أخر حتى يجده وان كان قيد احرامه
بحج أخر احرامه الى شهر الحج وهذا مبني على ثلاثة فصول أحدها أنه لا يكون محرماً بنفس الحنث
وانما يكون محرماً لدخوله في الاحرام بعد الحنث والثاني ان كفارة اليمين يستحب تعجيلها على الفور
اذا لم يمنع تعجيلها كراهية ولا عذر والثالث انه لا يكره تأخيرها للعذر ولا المعنى بوجوب كراهية
تقديمها فلما لم يكن محرماً بنفس الحنث ولزمه تقديم الاحرام عند الحنث وكانت العمرة لا كراهية
في تقديم الاحرام بها يوم حنث لزمه الاحرام بهذا ذلك اليوم ان وجد صحبة يأمن معهم فان لم يجد جازله
تأخير ذلك لهذا العذر ان أن يزول بوجود الرفقة ولما كان الاحرام بالحج مكروهاً في غير أشهر الحج
منع ذلك من تعجيله وسأع تأخيرها وهذا مبني أيضاً على ان الاحرام قبل الميقات مكروه وقيد نص
أصحابنا على انه يجوز أن يحرم الرجل من منزله ما لم يكن قرب الميقات الا أن يتعلق في هذا فان كراهية
تقديم الحج أكد ألا ترى ان من العلماء من يقول من أحرم بالحج وفي غير أشهر الحج لم ينقدح حجا
ولم يختلف العلماء ان من أحرم بالحج قبل الميقات انه ينقدح حجا * وأما المسئلة الرابعة في العمل
في المشى فانه لا يخلو الماشى في حج أو عمرة أن يقدر على المشى أو يعجز عنه فان كان قادر عليه لزمه
المشى فان كان ليس للوضع الذي لزمه المشى منه الى مكة الا طريق واحد فالضرورة تدعو الى المشى
فيه وان كانت منه طرق كثيرة ففي كتاب ابن الموازن انه ان كان بعضها أخصر من بعض فان له أن يأخذ
أي طريق شاء منها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أن تكون كلها معتادة
وكذلك فحين كان بالاندلس له سعة في ركوب البحر ومثله في العتبية واخرج له بأنه لا بد له منه وهذا
الاعتلال يقتضى أن له أن يركب ما لا بد له منه فان اختار أن يركب البحر الى الاسكندرية ثم يركب في
النيل الى مصر ثم يركب البحر من القلزم الى جدة فان كان هذا العذر العجز عن المشى فهو بين لان
الركوب في البحر كالركوب في البر وان كان مع القدرة على المشى وكان هذا هو الطريق المعتاد فانه
يجب على من ذهب من يحمل الألفاظ على عاداتها دون موضوعها ان له ذلك وأما ان كان الطريق
المعتاد غيره فليس له ذلك على المذهب * وأما المسئلة الخامسة في نهاية المشى فان الماشى
في الحج لنذر أو حنث يمشى حتى يتم طواف الافاضة فان أخر طواف الافاضة حتى يرجع من

منى لم يركب فى منى لرى الجاروان قدم طواف الافاضة يوم النحر رجوع الى منى را كبا وركب فى منى
 لرى الجار وحكى ابن حبيب عن أصحاب مالك انه يمشى حتى يكمل المناسك كلها وان محمل الطواف
 يوم النحر فانه لا يرجع الى منى الا ماشيا ويمشى لمنى لرى الجار قال ابن حبيب لان ذلك من عمله
 ولا يجوز له أن يركب فى شئ من عمل الحج (فرع) وان كان مشيه فى عمرة فلم يختلف أصحابنا
 فى أن مشيه الى أن يكمل السعى بين الصفا والمروة وذلك ان آخر السعى تمام العمرة وأما الحلاق
 فانه يحلل منها * وأما المسئلة السادسة فى مشاركة غير النذرله بأن من نذر مشيا الى مكة لا يتخلو
 أن يقيد ذلك بعمرة أو حج أو بهما أو لا يقيد به فان قيد بعمرة ثم مشى حتى جاء الميقات فأحرم
 لعمرة التى مشى لها وحج فرضه وهو ضرورة فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم يجزئ به لفرضه
 دون نذرله وقد وجب عليه دم القران قال ووجه ذلك ان عملهما واحد يد أنه طواف واحد وسعى
 واحد وهذا التوجيه لا يصح فى منع كون العمرة للنذرله لان كان يجب أن يمنع جوازها عن الحج وكان
 يمنع ذلك فمن أحرم بحججه لنذرله وفرضه أن يجزئ لنذرله ولكنه دليل ناقص ومعنى ذلك انه طواف
 طوافا واحدا وسعيها واحدا فلا ينوب الا عن واجب واحد واذا جتمع بين الحج والعمرة وكل واحد
 مقصود لازم على الافراد لم يجز أن ينوب عنهما القران فبطل حكم العمرة فوجب أن يصح عن
 الحج دون العمرة (مسئلة) وان كان قيد نذرله أو لا بحج فشئ فلما جاء الميقات أحرم بالحج ينوى
 لنذرله وفرضه فان ابن القاسم قد أطلق الجواب فيمن مشى فى نذرله ولم يذ كر تقييدا ولا غيره فلما جاء
 الميقات أحرم بالحج لنذرله وفرضه انه يجزئ لنذرله ويقضى فرضه وقال ابن المواز ان ذلك انما هو
 اذا لم يقيد نذرله بحج ولا عمرة وأطلقه وأما اذا قصد به حج ثم أحرم بالحج ينوى له فانه لا يجزئ لفرضه
 ولالنذرله وعليه أن يستأنفهما وقال عبد الملك وأصبح يستحب له أن يقضيها ولم يفصلا وجه قول
 ابن القاسم انه قد أحرم بالحج وانعقد احرامه ولا يصح أن ينعقد احرام عن حجتين واجبتين فاذا لم ينب
 احرامه الا عن حجة واحدة غير معينة وجب أن يقضى آكدهما ولا فرق بين أن يقيد نذرله بالحج
 أو يطلقه فى ذلك لانه اذا كان نذرله مطلقا ثم أحرم له بالحج فقد تعين بالحج ولزمه ذلك حتى لو فاته الحج
 أو أفسده للزمه أن يقضيه حجا فقد صار هذا بالتلبس به بمنزلة من قيد نذرله بالحج واذا كان هذا
 الاحرام يجزئ عن النذر المطلق فكذلك النذر المقيد وقد احتج ابن المواز للوجه الذى ذكره
 انه اذا قيد نذرله بالحج فقد نذر حجة ثابتة فلما قرن بها حجة الفرض كانت ناقصة فلم تجزه عن النذر
 وليس كذلك النذر المطلق فانه لم يلزم بنذرله حجة كاملة فيكون قد نقصها عن ذلك بأن قرن بها
 حجة فريضة (فرع) اذا قلنا بقول ابن القاسم ان حجة ذلك يجزئ عن احدى الحجتين فقد قال
 انه يجب عليه أن يقضى أحدهما وهى حجة الفرض وقال المغيرة وابن عبد الحكم يجزئ عن فرضه
 وعليه قضاء نذرله ووجهه انه لم يصح أن ينعقد الحج عنهما وجب أن ينعقد عن آكدهما وأوجهما
 (فصل) وقول مالك ونرى عليهما مع ذلك الهدى يريد لتفريق مشيها لأن المشى فى سفر واحد
 لا بد أن يكون شرطا فى صحة المشى أو سنة من سنته ومما لصفته فاذا دخل عليه النقص بالتفريق
 للعجز عن الاتيان به على وجهه لزم الدم (مسئلة) والهدى فى ذلك بدنة فان لم يجد فبقرة فان
 لم يجد فشاة فان لم يجد فصيام عشرة أيام رواه ابن المواز وابن حبيب فان أخرج الشاة مع القشرة على
 البدنة فى كتاب ابن المواز تجزئ كسائر الهدايا ص مالك عن يحيى بن سعيد انه قال كان على
 مشى فأصابتنى خاصرة فركبت حتى أتيت مكة فسألت عطاء بن أرباح وغيره فقالوا عليك هدى

• وحدثنى عن مالك عن
 يحيى بن سعيد أنه قال كان
 على مشى فأصابتنى
 خاصرة فركبت حتى
 أتيت مكة فسألت عطاء
 بن أرباح وغيره فقالوا
 عليك هدى

فلما قدمت المدينة سألت علماءها فأمروني أن أمشي مرة أخرى من حيث عجزت فشيت ﴿ ش قوله كان على مشي يريده أنه كان يلزمه بندر وأما اليمين بمثل هذا فكروه وأرجو أن يكون يحيى بن سعيد على فضله وعلمه لا يحلف بغير الله تعالى الآن يكون في نادرة غضب وحر ج ولعله قد كان ذلك في صباه وقبل أن يفقه ولذلك احتاج أن يسأل عن حكمه عطاء وغيره من العلماء

(فصل) وقوله فأصابني خاصرة يريد وجع خاصرة منعت المشي فركب حتى أكمل سفره بالوصول إلى مكة ثم سأل عطاء وأومن وجد بمكة من العلماء فأفتوه بأن عليه الهدى وهذا يقتضي أنهم لم يوجبوا عليه العودة لجبر ماركبه في سفره ولذلك خالفهم أهل المدينة وأوجبوا عليه جبر المشي

(فصل) وقوله أنه سأل لما قدم المدينة يريد لما اعتقد أنهم أعلم من أهل مكة أول تطيب نفسه باتفاق العلماء على حكمه فلما وجد الخلاف أخذ بالأحوط وعاد لإتمام المشي ص ﴿ قال سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فمیں يقول على مشي إلى بيت الله أنه إذا عجز ركب ثم عاد فشيت من حيث عجز فان كان لا يستطيع المشي فلم يش ما قدر عليه ثم ليركب وعليه هدى بدنة أو بقرة أو شاة إن لم يجد الأهي ﴿ ش وهذا كما قال فمیں نذر المشي إلى بيت الله تعالى يريد مكة أنه إن عجز في بعض طريقه عن المشي أنه يركب ولا يمنع ذلك من التماضي على الوفاء بنذره والاداء لما التزمه لانه لا يأمن مثل ذلك في السفر الثاني وما بعده وانما من حكم المشي أن يكون في سفر واحد فان فرقه لغير عنذر فقد روى ابن حبيب لا يعجزه ذلك ويتبدى المضى ويحيى من رواية ابن المواز أن المشي في سفر واحد أفضل وان فرقه لغير عنذر (مسئلة) وان فرقه للعجز عن المشي بالضعف عنه ولا يخلو من حالتين احدهما أن يطعم بالكمال المشي في سفره ثانية على وجه التلقيق أو يئأس من ذلك فان كان يطعم به فانه يمشي ما استطاع فاذا عجز ركب حتى يستريح ثم ينزل ويمشي ويحصى مواضع الركوب ثم يعود مرة أخرى ويمشي ماركب ويعجزه ذلك وعليه دم لتفريق المشي وهذا مبني على ثلاثة أصول أحدها أن المشي قد يلزمه بنذره أو حنثه في يمينه والثاني إذا عجز عن المشي في طريقه لا يمكنه التوقف والاراحة بكل موضع يدركه فيه العجز ولا بدله من استدامة المسير وذلك لا يكون الا بالركوب الى أن يرجع فجازله الركوب لذلك ولا ينوب الركوب عن المشي وانما يعجزه الوصول ويبقى ما التزمه من المشي في ذمته يلزمه فضاؤه من المكان الذي التزمه فيه دون غيره وفي نسك من جنس نسكه الذي يلزمه فيه فزومه التلقيق على هذا الوجه والثالث ان القضاء أقل في سفر واحد ولا يكاد أن تلحق المشقة فيه فلذلك لم التلقيق من رجاء أن يتم قضى مشيه في سفر واحد ومن لم يرج ذلك لم يلزمه أن يلفق بالقضاء في أكثر من سفر واحد لان التكرار يشق عليه ولا نهاية له وكذلك لو رجع التلقيق في القضاء فلم يستوفه لم يجب عليه أن يرجع مرة أخرى للقضاء وذلك ان القضاء لا يلفق وانما يلفق به (مسئلة) وان كان لا يطعم بالا كمال بالمشي في سفره ثانية لم يلزمه ذلك ولم يش ما استطاع في سفره الاول ويهدى ولا يعود للتلقيق (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو عجزه عن مشي بعضه من ثلاثة أحوال أحدها أن يكون قد ركب منه الكثير أو ركب منه اليسير كالיום واليومين أو ركب الأميال فان كان ركب الكثير مثل أن يركب عقبة ويمشي عقبة فقد روى ابن المواز عن مالك ان هذا رجع ابتداء المشي كله من أوله وفي الواخنة عن مالك انه يرجع يمشي ماركب فيه من تفصيل وجه رواية ابن المواز ان حلت على ظاهرها انه لما كثرا الركوب حتى ساوى بالمشي أو كان أكثر منه لم يكن لما مشي حكم وانما ثبت حكمه اذا كان الركوب تبعا ووجه رواية ابن حبيب انه انما دخل عليه النقص

فلما قدمت المدينة سألت
علماءها فأمروني أن أمشي
مرة أخرى من حيث
عجزت فشيت قال يحيى
وسمعت مالكا يقول الأمر
عندنا فمیں يقول على
مشي إلى بيت الله أنه اذا
عجز ركب ثم عاد فشيت
من حيث عجز فان كان
لا يستطيع المشي فلم يش
ما قدر عليه ثم ليركب
وعليه هدى بدنة أو بقرة
أو شاة ان لم يجد الأهي

بركوب الموضع الذي عجز عن المشي فيه فاما يازمه جبره بالمشي فيه اذا كان المشي مما يجبر ويوجب عليه الدم للتفريق (مسئلة) وان ركب أقل من اليوم في رواية ابن حبيب أو اليوم واليلة في رواية ابن المواز فانه يرجع ويمشي ماركب ووجه ذلك أنه قد تقدم من مشيه ما فيه قضاء لبعضه فبق عليه قضاء ما فاته منه في مثل نسكه (مسئلة) فان كان ركوبه أقل من ذلك فانه ليس عليه الرجوع لجبر مشيه ويجزئه من ذلك الهدى ووجه ذلك قلة ما يازمه جبره منه مع عظيم ما يتكلف من المشقة باستئناف سفر آخر للقضاء لاسيما لمن لم تقرب داره * وأما من قربت داره من مكة كالיום والثلاثة أيام قال الامام أبو الوليد رضي الله عنه فان ركوب اليوم عندى في حقهم كثير وما يازمهم من المشقة في القضاء ليس بكثير ولم أرفيه نما (فرع) وهذا اذا كان مشيه في الطريق فأما من ركب في التوجه الى عرفة وتصرف في المناسك راكبا في المدونة يازمه أن يحج ثانيا كبا حتى يقضى سعيه ثم يتم حجه ماشيا ليقضى مشى ما فاته مما كان ركبه ووجه ذلك ان هذا المشى وان كان يسيرا فانه لما كان في المناسك كان الرجوع له أو كذا لانها أر كان الحج

(فصل) وقوله وعليه هدى بدنة أو بقرة أو شاة وان لم يجد الا هي يحتمل أن يرجع ذلك الى الذي لا يستطيع المشي خاصة ويحتمل أن يرجع إليه الى الذي عجز عن بعض المشي وهو الأظهر وقوله أو شاة وان لم يجد الا هي يقتضى انه يجب عليه اخراجها وان لم يجد غيرها وفي بعض النسخ أو شاة وان لم يجد الا هي ومعناه ان الشاة ان لم يجد بدنة ولا بقرة ص * سئل مالك عن الرجل يقول للرجل أنا أحلك الى بيت الله فقال مالك ان نوى أن يحمله على رقبته يريد بذلك المشقة وتعب نفسه فليس ذلك عليه ولم يش على رجله وليهدوان لم يكن نوى شيأ فليحج وليركب وليحج بذلك الرجل معه وذلك انه قال أنا أحلك الى بيت الله فان أبي أن يحج معه فليس عليه شي وقد قضى ما عليه * ش وهذا كما قال وذلك انه من قال لآخر أنا أحلك الى بيت الله يريد مكة ونوى أن يحمله على رقبته للبناغة في المشقة على نفسه فانه ليس عليه حمله على عنقه ولا عليه أن يحمله لانه لم يقصد ذلك وانما حمله على عنقه كقوله أنا أحلك هذا العمود وهذا الحجر وهذه الطنفسة وعليه أن يحج ماشيا لان قوله أنا أحلك يريد على عنقه يتضمن المشى لان من حمل ثقلانا يحمله ماشيا فلزمه المشى الى مكة لما كان قربة ولم يلزم حمله على عنقه لانه لا قربة فيه والنسرا لما يتعلق بالقرب دون غيرها وان كان الذي قال أنا أحلك الى مكة شي خفيف لا مشقة في حمله راكبا فعليه الركوب الى مكة حاجا رواه ابن المواز * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندى انه لما كان مما جرت العادة أن يحمله الراكب معه لم يتضمن حمله المشى فلم يازمه المشى ولزمه الوصول الى مكة على وجه القربة بحسب ما تضمنه يمينه والله أعلم

(فصل) وقوله وليهدير يد لما التزم من صفة المشى التي لا تلزمه وذلك على وجه الاستعباب والندب وقد قال ذلك ابن حبيب فيمن نذر المشى الى مكة حافيا ان هديه على وجه الاستعباب والندب لا يلزمه من ذلك ما لا يلزمه

(فصل) وقوله ان لم يكن نوى شيأ يريد انه لم يقيد بنية مما ذكرنا من اتعاب نفسه بحمله فليحج ليحج بالرجل معه لان لفظة حل الرجل الى مكة تقتضى ايصاله اليها فان لم تكن نية تعدل به عن القربة وجب أن يحمله على وجه القربة وهو تكلف مؤنة الرجل الى مكة في حج أو عمره الا أن هذا موقوف على ارادة الرجل لان الخالف لا يملكه فان أراد الرجل الحج معه على الوجه الذي التزمه

* وسئل مالك عن الرجل يقول للرجل أنا أحلك الى بيت الله فقال مالك ان نوى أن يحمله على رقبته يريد بذلك المشقة وتعب نفسه فليس ذلك عليه ولم يش على رجله وليهدوان لم يكن نوى شيأ فليحج وليركب وليحج بذلك الرجل معه وذلك انه قال أنا أحلك الى بيت الله فان أبي أن يحج معه فليس عليه شي وقد قضى ما عليه

وسئل مالك عن الرجل
يحلف بئذور مسماة مشيا
الى بيت الله أن لا يكلم أخاه
أو أباه بكذا وكذا نذرا لشي
لا يقوى عليه ولو تكلف
ذلك كل عام لعرف أنه
لا يبلغ عمره ما جعل على
نفسه من ذلك ففعل له ما
يجزئه من ذلك نذر واحد
أو نذور مسماة فقال مالك
ما أعلمه يجزئه من ذلك
الا الوفاء بما جعل على
نفسه فليس ما قدر عليه
من الزمان وليتقرب الى
الله تعالى بما استطاع من

وجب عليه الوفاء به وان أبي ذلك الرجل لم يلزمه هو شي في احجاج الرجل ويلزمه هو الحج أو العمرة
قاله مالك وذلك لان قوله أنا حل فلانا يقتضي مضيهما ففقدلزمه مضيه لنذره ومضى الرجل موقوف
على اختياره ومعنى قول مالك في الموطأ فان أبي أن يحج معه فليس عليه شي يريد بسبب الرجل ولم
يرد أن الحج يسقط عنه ص * سئل مالك عن الرجل يحلف بئذور مسماة مشيا الى بيت الله أن
لا يكلم أخاه أو أباه بكذا وكذا نذرا لشي لا يقوى عليه ولو تكلف ذلك كل عام لعرف أنه لا يبلغ عمره
ما جعل على نفسه من ذلك ففعل له ما يجزئه من ذلك نذر واحد أو نذور مسماة فقال مالك ما علمه
يجزئه من ذلك الا الوفاء بما جعل على نفسه فليس ما قدر عليه من الزمان وليتقرب الى الله بما استطاع
من الخير * ش وهذا كما قال ان من التزم من النذور في المشي الى مكة ما لا يستطيع عمره لأدائه مثل
أن ينذر ألف حبة أو يحلف بها لحنت فانه يلزمه ما التزمه من ذلك ولا يخرج عنه شي الا الوفاء به ولو
قدر عليه واتسع عمره له غير انه قد علم بجري العادة ان ذلك لا يكون فيلزمه أن يأتي منه بما اتسع
عمره له ويستغفر الله تعالى من التزمه ما لا يستطيع عليه ويتقرب اليه بما مكنه من أعمال البر وقد
قال مالك في العتية في امرأة حلفت أن لا تكلم أباه بالمشي الى مكة سبع مرات قال تكلمه وتمشي
سبع مرات فان لم تطف حجت أو اعتمرت سبع مرات ونهدي في كل مرة

* العمل في المشي الى الكعبة *

الخبر
* العمل في المشي
الى الكعبة *
* حدثني يحيى عن مالك
أن أحسن ما سمع من
أهل العلم في الرجل يحلف
بالمشي يحلف الى بيت الله
أو المرأة فيحنت أو تحنت
أنه ان مشى الخالف منهما
في عمره فانه يمشی حتى يسعى
بين الصفا والمروة فاذا سعى
فقد فرغ وأنه ان جعل
نفسه شيئا في الحج
يمشي حتى يأتي مكة
حتى يفرغ من المناسك
كلها ولا يزال ماشيا حتى
يفيض قال مالك ولا يكون
مشي الا في حج أو عمرة

ص * قال مالك ان أحسن ما سمع من أهل العلم في الرجل يحلف بالمشي الى بيت الله أو المرأة
تحلف فيحنت أو تحنت انه ان مشى الخانت منهما في عمره فانه يمشی حتى يسعى بين الصفا والمروة فاذا
سعى فقد فرغ وأنه ان جعل على نفسه مشيا في الحج فانه يمشی حتى يأتي مكة ثم يمشی حتى يفرغ من
المناسك كلها ولا يزال ماشيا حتى يفيض * قال مالك ولا يكون مشي الا في حج أو عمرة * ش
قوله في الرجل أو المرأة يحلف بالمشي الى بيت الله فيحنت أو تحنت الى آخر المسئلة يقتضي انها بمن
تتزم ويحنت فيها بالخالفه فيجب بالحنث فيها ما التزمه من حج أو عمرة أو منهما لم يختلف في ذلك
أصحابنا وما يعزى الى قول ابن القاسم انه أفق بالنذر بكفارة بمن لا يصح وقد بينته في الاستيفاء وهذا
قال جماعة من العلماء وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يلزم المشي الى مكة بالنذر وعليها أن تمشي الى
مكة وأما من حلف بها وحنث فعليه كفارة بمن والدليل على ما نقوله ان هذا معنى يلزم به العتق فلزم
به المشي الى مكة أصل ذلك النذر

(فصل) وقوله في الرجل يحلف بالمشي الى بيت الله أو المرأة الى آخر المسئلة يقتضي أن حكمهما
في ذلك واحد وان المرأة يلزمها ذلك كما يلزم الرجل وانما يسقط المشي عن من يسقط عنه منهما
لعجزه عنه فيسقط الى بدل وهو الهدي مع ما يطاق من المشي وفي المدونة عن مالك والمشى على
الرجال والنساء سواء وجه ذلك انه نذر يصح من كل واحد منهما فوجب أن يتساويا فيه كالصوم
والصلاة

(فصل) وان مشى الخانت منهما في عمره فانه يمشی حتى يسعى بين الصفا والمروة يريد ان من لزمه
المشي منهما سواء كان مشيه مقيدا بعمره أو مطلقا فجعله في عمره فان كمال مشيه بانقضاء السعي لانه
آخر عمل العمره وان كان مشيه في حج اما لانه قيد نذره به أو كان مطلقا فجعله في حج فان آخر
مشيه الى انقضاء المناسك لان ذلك آخر عمل الحج فلا يسقط عنه وصوله الى مكة ماشيا بالمشي في

المناسك الى عرفة وغيرها لان اللفظ وان تناول المشى الى مكة فان عرف المشى اليها بهذه القرية يحمل المشى اليها على ذلك ولو جاز أن يحمل على المشى الى مكة في المشى لان اللفظ لم يتناول غير ذلك لجاز أن يحمل على انه لا يجب حج ولا عمرة وانما يجب عليه الوصول الى مكة لان اللفظ لا يتناول غير ذلك وهذا باطل باتفاق ولهذا قال مالك بمشي حتى يأتي مكة ثم يمشی حتى يفرغ من المناسك لثلاثين ظان ان وصوله الى مكة يسقط عنه المشى في المناسك وان قول القائل يمشی في المناسك انما ذلك للمراهق الذي أعجله خوف الفوات عن اتيان مكة فبدأ بها قبل اتيان مكة بقصد رفع الاشكال والله أعلم

(فصل) وقوله لا يزال ماشيا حتى يفيض بعد قوله ثم يمشی حتى يفرغ من المناسك وقد تقدم فيه من رواية ابن حبيب وقول ابن القاسم ما يغني عن اعادته

(فصل) وقوله ولا يكون مشى الا في حج أو عمرة بمحمل تأويلين أحدهما ان من نذر مشيا الى غير مكة لا يترحمه ذلك لا الى المدينة ولا غيرها لانه ليس هناك حج ولا عمرة ويحتمل أن يريد ان الناذر للمشي الى مكة لا يخاف من ثلاثة أحوال أحدها أن يقصد بنذره النسك أو يطلق النية أو ينوي المشى خاصة دون النسك فان قيد نيته بالنسك أو أطلقها لزمه المشى والنسك لان ظاهر نذره القرية والقربة انما هي في النسك وأما ان قيد نذره بالمشى خاصة فلم أر فيه نصا

﴿ ما لا يجوز من النذور في معصية الله ﴾

ص ﴿ مالك عن حميد بن قيس وثور بن زيد الديلي انهما أخبراه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحدهما يزيد في الحديث على صاحبه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فليتكلم وليستظل وليجلس وليصوم ما لم يسمع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بكفارة وقد أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتم ما كان لله طاعة ويترك ما كان لله معصية ﴿ ش قوله رأى ان رجلا قائما في الشمس يريد والله أعلم انه رأى ملازما لذلك دون قعود مع التمكن من الاستتلال والقعود وخارجا فيه عن عادة الناس فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن سببه فاعلم انه نذر هذه المعاني من القيام للشمس والصيام والصمت وهذه المعاني منها ما يترحم بالنذر لكونه طاعة وهو الصوم ومنها ما لا يترحم لمالم يكن فيه طاعة كالقيام للشمس والصمت فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من يعلم ما يترحم من ذلك ليفي بنذره فيه ويعلم بما لا يترحم فيترك انعاب نفسه فيه والزامها اياه (مسئلة) وانما يلزمه المشى الى مكة لان فيه قربة لان المشى في الطواف والسعي قربة والمشى اليها لم لا يقدر على الركوب قربة في جميع الطريق وقد قال جماعة من الفقهاء ان في حج الماشي من القربة ما ليس في حج الركاب وأما الوقوف في الشمس فليس بقربة وأما ترك الاستتلال حال المشى للمحرم فانما هو قربة حال الاحرام كترك لبس المخيط وترك التطيب والصيد فلذلك لم يلزم بالنذر الا ما يختص منه بالاحرام

(فصل) وقول مالك ولم أسمع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بكفارة ترك ما كان لله معصية في الكفارة عنه فيما تركه من نذره لمالم يجب عليه وانما ذهب مالك في ذلك الى انه لا كفارة عليه في ترك القيام في الشمس والصمت لمالم يجب عليه شيء من ذلك وقد قال فيمن نذر المشى الى المدينة أو بيت المقدس لا يمش ولا شيء عليه وكل من التزم شيئا لا يلزم مثله بالنذر لم يجب عليه بذل منه

﴿ ما لا يجوز من النذور في معصية الله ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك ﴾

عن حميد بن قيس وثور

ابن زيد الديلي انهما

أخبراه عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم وأحدهما

يزيد في الحديث على

صاحبه أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم رأى

رجلا قائما في الشمس

فقال ما بال هذا قالوا نذر أن

لا يتكلم ولا يستظل ولا

يجلس ويصوم فقال

رسول الله صلى الله عليه

وسلم مروه فليتكلم

وليستظل وليجلس وليتم

حسيامه قال مالك ولم

أسمع أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم أمره بكفارة

ترك ما كان لله معصية

﴿ نذر أمره رسول الله صلى

الله عليه وسلم أن يتم

ما كان لله طاعة ويترك

ما كان لله معصية

(فصل) وقوله وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتم ما كان لله فيه طاعة ويترك ما كان لله فيه معصية يريد بالطاعة الصوم وبالمعصية القيام للشمس والصمت ويحتمل أن تسميته معصية وإن كان مباحاً في الأصل لو جهين أحدهما أنه إذا نذر كان معصية لأنه لا يحل أن ينذر ما ليس بقربة ولو فعل على وجه غير النذر والتقرب به لكان مباحاً وإذا فعل على وجه النذر والقربة كان معصية والوجه الثاني أنه إذا بلغ به حداً استضرار والتعب كان معصية سواء فعل بنذر أو بغير نذر (مسئلة) إذا نذر ذلك فالناس على ثلاثة أضرب * أحدها أن ينذر ما هو لله طاعة والثاني أن ينذر ما هو مباح والثالث أن ينذر ما هو معصية في نفسه ولا يلزم من ذلك إلا القسم الواجد وهو أن ينذر ما هو لله طاعة مثلاً أن ينذر حجاً أو صلاة أو صوماً أو صدقة أو مالاً مباحاً فثل أن ينذر جلوساً في الدار أو مشياً في الطريق والمعصية أن ينذر شرب خمر أو زناً أو ظلم أحد في هذين الوجهين لا يلزمه شيء وقال احمد بن حنبل في نذر المباح هو خير بين فعله وبين كفارة يمين والدليل على ما نقوله أن ما لا قربة فيه لا يصح نذره لأن النذر يوجب فعل المندور فإذا كان المباح لا يصح أن يجب لم يصح تعلق النذر به كالمعصية (مسئلة) وأما نذر المعصية فلا يلزم به عندنا شيء وقال أبو حنيفة والثوري أن عليه مع تركها كفارة يمين والدليل على ما نقوله ما روى مالك عن طلحة بن عبد الملك عن القاسم بن محمد عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه وهذا موضع تعليم فاقضى أن ذلك يمنع موجه ومن جهة المعنى أن هذا نذر ما لا قربة فيه فلم يجب به شيء أصل ذلك إذا نذر الجلوس أو القعود ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه سمعه يقول أنت امرأة إلى عبد الله بن عباس فقالت أني نذرت أن أتحرأني فقال ابن عباس لا تنعري ابنك وكفري عن يمينك فقال ابنك وكفري عن يمينك فقال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون في هذا كفارة قال ابن عباس أن الله تعالى قال والذين نظا هرون منكم من نسائهم ثم جعل فيهم من الكفارة ما قدر أيت * ش قول المرأة المستقيمة أني نذرت أن أتحرأني تريد أنها أتت بذلك والتمسها على وجه النذر والتقرب لله تعالى به فقال ابن عباس لا تنعري ابنك وكفري عن يمينك فنعها من التعر الذي علق به النذر لأنه معصية لا تحل بنذر ولا غيره وقال لها كفري عن يمينك فسمها يميناً وجهين أحدهما لما كانت كفارة عند ابن عباس كفارة يمين سمها لذلك يميناً والثاني أنه لعله فهم منها أنها أتت بذلك على وجه اليمين مثل أن تقول إن دخلت الدار فقلت على أن أتحرأني فعلى هذا يحتمل أن يريد بقوله كفري عن يمينك الهدى أو غيره مما يوجب عليها ذلك وقد حال مالك فيمن قال لابنائه أو لأجنبي في يمين لله على أن أتحرأني فحنت فانه على ضربين أحدهما أن يتعلق ذلك مكان النحر مثل أن يقول أتحرأني عند مقام إبراهيم أو عند البيت أو المسجد أو بئني أو بمكة والثالث أن يذكر موضعاً بشرع فيه النحر مثل أن يقول بالبصرة أو بالكوفة فاما الأول وهو أن يتعلق نحره بموضع النحر فقد روى ابن حبيب عن مالك عليه الهدى ووجه ذلك أنه لما أخرجه مخرج النذور وعلق ذلك بموضع النذر علم أنه أراد به القربة ولهذا المعنى تعلق بالقربة على وجه البذل لما ورد في ذلك من فعل إبراهيم عليه السلام وما آل إليه حكمه في نحر ابنه صلى الله عليه وسلم فلزمه في ذلك الهدى لأن نحر ابنه لا يحل فلا يتعلق به النذر وانما يتعلق النذر في ذلك بما ورد به الشرع من الهدى (مسئلة) وأما إذا لم يسم شيئاً فلا يخلو أن يكون له نية أو لا نية فان كان نوى الهدى لزمه لما قدمناه وان لم ينو الهدى فمن مالك في ذلك روايتان * أحدهما لا شيء عليه والثانية عليه كفارة يمين وبها قال أصبغ وجه الرأية الأولى أنه نذر معصية لم يقرن

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه سمعه يقول أنت امرأة إلى عبد الله بن عباس فقالت أني نذرت أن أتحرأني فقال ابن عباس لا تنعري ابنك وكفري عن يمينك فقال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون في هذا كفارة فقال ابن عباس أن الله تعالى قال والذين نظا هرون منكم من نسائهم ثم جعل فيهم من الكفارة ما قدر أيت * ش قول المرأة المستقيمة أني نذرت أن أتحرأني تريد أنها أتت بذلك والتمسها على وجه النذر والتقرب لله تعالى به فقال ابن عباس لا تنعري ابنك وكفري عن يمينك فنعها من التعر الذي علق به النذر لأنه معصية لا تحل بنذر ولا غيره وقال لها كفري عن يمينك فسمها يميناً وجهين أحدهما لما كانت كفارة عند ابن عباس كفارة يمين سمها لذلك يميناً والثاني أنه لعله فهم منها أنها أتت بذلك على وجه اليمين مثل أن تقول إن دخلت الدار فقلت على أن أتحرأني فعلى هذا يحتمل أن يريد بقوله كفري عن يمينك الهدى أو غيره مما يوجب عليها ذلك وقد حال مالك فيمن قال لابنائه أو لأجنبي في يمين لله على أن أتحرأني فحنت فانه على ضربين أحدهما أن يتعلق ذلك مكان النحر مثل أن يقول أتحرأني عند مقام إبراهيم أو عند البيت أو المسجد أو بئني أو بمكة والثالث أن يذكر موضعاً بشرع فيه النحر مثل أن يقول بالبصرة أو بالكوفة فاما الأول وهو أن يتعلق نحره بموضع النحر فقد روى ابن حبيب عن مالك عليه الهدى ووجه ذلك أنه لما أخرجه مخرج النذور وعلق ذلك بموضع النذر علم أنه أراد به القربة ولهذا المعنى تعلق بالقربة على وجه البذل لما ورد في ذلك من فعل إبراهيم عليه السلام وما آل إليه حكمه في نحر ابنه صلى الله عليه وسلم فلزمه في ذلك الهدى لأن نحر ابنه لا يحل فلا يتعلق به النذر وانما يتعلق النذر في ذلك بما ورد به الشرع من الهدى (مسئلة) وأما إذا لم يسم شيئاً فلا يخلو أن يكون له نية أو لا نية فان كان نوى الهدى لزمه لما قدمناه وان لم ينو الهدى فمن مالك في ذلك روايتان * أحدهما لا شيء عليه والثانية عليه كفارة يمين وبها قال أصبغ وجه الرأية الأولى أنه نذر معصية لم يقرن

بها ما يصرفها الى المعصية فلم ينعقد نذره كما لو نذر قتله ووجه الرواية الثانية ان هذا النذر له جهة من القرية فاذا لم يكن مفسرا كان كالنذر المهم فليزمه به كفارة يمين وقال القاضي أبو محمد من نذر ذبح ابنه في يمين أو على وجه القرية فعليه الهدى وان نذره نذرا مجردا لا يقصد به القرية فلا شيء عليه قال ووجه ذلك أنه انما أراد القرية فان له معه هودا في الشرع وهو قصة ابراهيم صلى الله عليه وسلم في ذبح ابنه وفداء الله بذبح عظيم واذا لم ينو قرية فقد نذر مجردا لمعصية وفرق أيضا في قوله بين اليمين والنذر فظاهر قوله أنه يوجب الهدى في اليمين على الإطلاق ولعله قصد في الفرق بينهما أن اليمين أكد لانه التزام معاقب بصفة وليس ذلك بالبين

(فصل) وقوله قال شيخ عند ابن عباس وكيف يكون هذا كفارة استمها ما لبيس له وجه وجوب الكفارة في يمين أو نذر قد قيد بفعل وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يكون ابن عباس قد أراد كفارة اليمين فقال له الشيخ كيف يجب كفارة اليمين في النذر بفعل معين ليس بيمين بالله ولا نذر مهم فتجب فيه كفارة يمين والثاني أن يكون ابن عباس انما أوجب فيه كفارة ولم يعينها فقال له الشيخ كيف يجب في مثل هذا كفارة وانما نذرت معصية فقال ابن عباس ان الله تعالى قال والذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم جعل من الكفارة ما رأيت فيحتمل أن يريد به أن الكفارة قد تجب في نذر وبين يتعلق بالمحذور وعلى وجهها وذلك أن قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي محذور ولذلك قال الله تعالى وانهم ليقولون منكم من القبول وزورا وان الله لغفور رحيم قد أوجب في ذلك كفارة الظهار فكذلك التي علفت يمينها بنحر ابنها أتت بمحذور من القول وتجب عليها في ذلك كفارة وتلك الكفارة ما هدى أو كفارة يمين أو ما شاء الله تعالى مما يمينه بعدهذا اذا سئل عنه ويحتمل أن يريد به أنه يجب عليه كفارة يمين وان كان قولها أن انحرا بني ليس من باب النذور ولا من باب اليمين بالله تعالى كما تجب الكفارة على المظاهر وان لم يكن ما أتت به من باب النذر ولا اليمين بالله تعالى ص م مالك عن طلحة بن عبد الملك الايلي عن القاسم بن محمد بن الصديق عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه ومن نذر أن ينذر الرجل أن يمشى الى الشام أو الى مصر أو الى الربرة أو ما أشبه ذلك مما ليس لله بطاعة ان كلم فلانا أو ما أشبه ذلك فليس عليه في شيء من ذلك شيء ان هو كلف أو حنث بما حلف عليه لأنه ليس لله في هذه الاشياء طاعة وانما يوفى الله بما له طاعة والله عليه طاعة وانما يوفى الله بما له طاعة

* وحديثي عن مالك عن طلحة بن عبد الملك الايلي عن القاسم بن محمد بن الصديق عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه قال يعني وسعت مالكا يقول معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يعصى الله فلا يعصه أن ينذر الرجل أن يمشى الى الشام أو الى مصر أو الى الربرة أو ما أشبه ذلك مما ليس لله بطاعة ان كلم فلانا أو ما أشبه ذلك فليس عليه في شيء من ذلك شيء ان هو كلف أو حنث بما حلف عليه لأنه ليس لله في هذه الاشياء طاعة وانما يوفى الله بما له طاعة

الله عليه وسلم فهذا اذا علق مشيه بالمدينة لا يتعلق به النذر الا ان ينوى المسجد للصلاة ثم قال مالك لانه ليس في شيء من هذه الاشياء طاعة وانما يوفى الله بما له فيه طاعة على حسب ما قدمناه من ان اليمين أو النذر اذا علقهما بما يجاح لم ينقض شيء منهما

﴿ اللغو في اليمين ﴾

ص **﴿ مالک عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها كانت تقول لغو اليمين قول الانسان لا والله بلى والله قال مالك أحسن ما سمعت في هذا ان اللغو حلف الانسان على الشيء يستيقن انه كذلك ثم يوجد على غير ذلك فهو اللغو ﴾** ش قول عائشة ان لغو اليمين قول الانسان لا والله بلى والله وروى لا والله وبلى والله فانه يحتمل وجوب أخذها ان لغو اليمين لا يكون الا في هذه اليمين وهي اليمين بالله تعالى وأما اليمين بغير ذلك مثل اليمين بالمشي الى مكة أو الطلاق أو العتق فانه لا لغو فيه وقد قال مالك ذلك في العتبية وغيرها وقد قال مالك ان اليمين بغير الله محظورة فلم يفيع عن الخالف بها على وجه من الوجوه بل شدد عليه بالزامه ما التزم على أي وجه التزمه وأما اليمين بالله تعالى فباحة فلذلك دخلها التخفيف والعفو عن لغوها وكذلك كل يمين كفارتها كفارة اليمين كالنذر الذي لا يخرج له وما جرى مجرى ذلك (مسئلة) ويمتثل أن يريد به ان اللغو قول الرجل لا والله وبلى والله فبما يعتقد بجمته وان كان الأمر خلافه على حسب ما ذهب اليه مالك وقد قال بعض البغداديين وذكر قول مالك في لغو اليمين انه حلفه بالله تعالى على ما يعتقد بجمته وان كان الأمر على غير ما حلف به ثم قال وقول عائشة هو قول الرجل لا والله وبلى والله هو في معناه لانها لا تعني تعمد الكذب (مسئلة) ويحتمل وجها ثالثا وهو ان يريه ما يجري في تراجع الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير اعتقاد ولا قصد الى عقد اليمين ويحتمل عندي أن يكون من لغو اليمين ما قاله مالك وما قاله أبو بكر والله أعلم ص **﴿ قال مالك وعقد اليمين أن يحلف الرجل أن لا يبيع ثوبه بعشرة دنانير ثم يبيعه بذلك أو يحلف ليضر بن غلامه ثم لا يضر به ونحو هذا الذي يكفر صاحبه عن يمينه وليس في اللغو كفارة ﴾** قال مالك فأما الذي يحلف على الشيء وهو يعلم أنه آثم ويحلف على الكذب وهو يعلم الكذب وهو يعلم ليضر به أو لا يعتذر به الى معتذر اليه أو ليقطع به مالا فهذا أعظم من أن يكون فيه كفارة **﴿ ش وهذا كما قال ان عقد اليمين التي تكفر أن يحلف ليفعل ثم لا يفعله أو يحلف لا أفعل ثم يفعل فهذا ان اليمين انما يتناولان المستقبل وذلك أن الايمان على ضربين يمين على مستقبل ويمين على ماض فأما اليمين على المستقبل وهو ما تقدم ذكره فلا يدخلها في قول مالك لغو ولا غموس وانما يدخلها البر فلا تجب كفارة أو الخنث فتجب فيه الكفارة وهو ينقسم قسمين أحدهما يقتضي المنع مثل قوله والله لا لبست الثوب ولا أكلت هذا الخبز فهذا ان أطلق الفعل ولم يتعلق بوقت ولا مكان ولا صفة منعت اليمين ذلك الفعل على التأبيد في فعله حث ولزمته الكفارة وان قيد بالفعل بوقت مثل قوله والله لا لبست هذا الثوب غدا أو لا لبسته يوم الجمعة أو لا لبسته بمكة أو لا لبسته راكبا تعلق المنع بذلك الوقت أو بذلك المكان أو بتلك الصفة فان فعله على شيء من ذلك جنب وان فعله في غير ذلك الوقت أو في غير ذلك المكان أو على غير تلك الصفة لم يحنث لان يمينه لم يتناول ذلك ولا صفته (مسئلة) وأما ان كانت اليمين على اتيانه بالفعل فهذه اليمين قد أوجب عليه الاتيان بالفعل**

﴿ اللغو في اليمين ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها كانت تقول لغو اليمين قول الانسان لا والله وبلى والله قال مالك أحسن ما سمعت في هذا أن اللغو حلف الانسان على الشيء يستيقن انه كذلك ثم يوجد على غير ذلك فهو اللغو ﴾ قال مالك وعقد اليمين أن يحلف الرجل أن لا يبيع ثوبه بعشرة دنانير ثم يبيعه بذلك أو يحلف ليضر بن غلامه ثم لا يضر به ونحو هذا الذي يكفر صاحبه عن يمينه وليس في اللغو كفارة قال مالك فأما الذي يحلف على الشيء وهو يعلم أنه آثم ويحلف على الكذب وهو يعلم الكذب وهو يعلم ليضر به أو لا يعتذر به الى معتذر اليه أو ليقطع به مالا فهذا أعظم من أن يكون فيه كفارة

أو الكفارة فان علق يمينه على زمان يفعل فيه أو مكان أو صفة يفعل ذلك الفعل عليها لم يبرأ لا بفعله في تلك المدة أو في ذلك المكان أو على تلك الصفة فان فات شيء من ذلك وكان مما يفوت مثل أن يحلف ليفعلن ذلك في شهر معين فينقضى أو على بناء معين فينهدم ويذهب أو على صفة مثل أن يحلف ليفعلن ذلك ما شيا فيتعذر عليه ذلك بعدز يعلم أنه لا يقدر عليه بقية عمره وقع الحنث بفوات ذلك وان أطلق يمينه لم يحنث بموته لان الفعل المحلوف عليه على الإطلاق ليس على الفور ولا يتعلق بزمان دون زمان فان فعله في بقية من عمره لم يحنث وان مات قبل أن يفعل فات بموته الفعل كما لو علقه على زمان معين ففات قبل الفعل

(فصل) وقوله فهذا الذي يكفر صاحبه يمينه وليس في اللغو كفارة يريدان اليمين على المستقبل أهى التي تدخلها الكفارة لتعلمها أو لترفع مأثمها أو مالتعوا ليمين فلا كفارة فيها لانها على مذهب مالك متعلقة بالماضى وهو مثل أن يحلف في رجل مقبل أنه يزيد وهو يعتقد ذلك فيه لاشك عنده فاذا قرب منه تبين له أنه غير ذلك فهذا عنده لغو اليمين ولا كفارة فيه ووجه ذلك انها ليست بيمين تنعقد ليفعل أو ليزك أو انما هي يمين تصديق قوله وتأكيدهما خبر به فلا يبقى لها بعد تمام التلفظ بها حكم لانها لا تمنع من فعل فيجب ذلك الكفارة ولا يبيح فعلا فيبيح تركه الكفارة

(فصل) وقوله فأما الذي يحلف على الشيء وهو يعلم أنه آثم أو يحلف على الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا فهو أعظم من أن يكون فيه كفارة فان هذه اليمين أيضا ليست من جنس ما يتعلق به الكفارة لانها يمين على ماض ويمين الماضى لا تخلو من ثلاثة أحوال لا يجب بشئ منها كفارة أحدها أن يحلف على شئ أنه قد كان كذا أو ما كان كذا وهو يعتقد صحة ما حلف عليه فيكون الأمر على خلاف ما حلف عليه فهذه لغو اليمين عند مالك ولا كفارة عليه ولا آثم (١) والثالث أن تحلف على ذلك ولا يعتقد أن الأمر على ما حلف عليه أما لا يعلم ضد ما حلف عليه ولا يشك في ذلك فهذه اليمين الغموس سميت بذلك لانها غمست صاحبها في الآثم ولا كفارة لها لكونها متعلقة بالماضى وانما قال انها أعظم من أن تكون فيها كفارة لانها انعقدت على الآثم والتي تكفر لم تنعقد على آثم وانما انعقدت على الجواز وانما تجب عليه الكفارة بالحنث وقال الشافعى تجب به الكفارة والدليل على صحة ما نقوله ان هذه يمين لا تعلق للاستثناء بها فلا تعلق للكفارة بها أصل ذلك يمين اللغو

(فصل) وقوله والذي يحلف على الكذب وهو يعلم ليرضى به أحدا أو يعتذر به الى معتذر اليه أو ليقطع بها مالا فهذا أعظم من أن تكون فيه كفارة يريدان هذه كلها من الأيمان الغموس لانها لم تنعقد على آثم وكذب وهذا اذا اعتقد في نفسه مثل ما يظهر من حلفه فاما ان قصد الانغاز بيمينه فقد قال مالك فا كان من ذلك على وجه المكر والخديعة ليغربه من حق عليه فهو فيه آثم ولا يكفر وما كان من ذلك على وجه العذر أو الاستحياء من أخيك لما بلغه عنك فلا بأس به حتى ذلك عنه ابن حبيب فسوى مالك في هذا القول بين العذر وبين المكر والخديعة لقطع حق غيره وقال ان الآثم فيهما وقال ابن حبيب ما كان من هذا في مكر أو خديعة ففيه الآثم والنية نية الخالف وما كان في حق عليك فالنية نية الذى حلفك ورواه عن مالك فيجى على هذه الرواية ان الآثم الذى في موضع المكر والخديعة لا يبلغ اليمين الى الغموس لانه ليس بخائب ولا حالف على باطل وانما هو آثم في المكر بأخيه وتطبيب نفسه بيمينه ليتمكن من المكر به والخديعة له وان الآثم في قطع الحق لما كانت على نية من حلفك بلغت اليمين الى الحنث والغموس

(١) بقى عليه الثانى لم يذكره فليست

﴿ ما لا تجب فيه الكفارة من اليمين ﴾

ص ﴿ ما لك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول من قال والله ثم قال ان شاء الله ثم لم يعمل الذي حلف عليه لم يحنث ﴾ ش قوله من قال والله يتضمّن ان اليمين يتعلق بالقول فمن نطق باليمين على وجهه ينعقد به اليمين لزومه متضمّن ما وهل ينعقد بالنية دون القول فقد قال القاضي أبو محمد ان متأخري أصحابنا اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يصح ومنهم من قال لا يصح بناء على صحة الطلاق بالقلب فان قلنا لا يصح فلا فرق وان قلنا يصح فالفرق بينه وبين الاستثناء أن اليمين التزام وإيجاب والاستثناء رفع وحل للوجوب ومطابقه للالزام أبلغ مما طريقه الإباحة والتحليل فجاز أن ينعقد اليمين بالقلب وان لم ينعقد الاستثناء إلا باللفظ (مسئلة) إذا ثبت ذلك فان لفظ اليمين والله وبالله وتالله هذا اللفظ أكثر ما يستعمل ويجوز ذلك في جميع أسماء الله تعالى فتقول والسميع العليم والقدير والبصير أو يحلف بصفة من صفات الله كقولك وقدره الله وعزّة الله وألمع الله وأمانة الله وأعليك عهد الله وميثاقه وذمته وكفالاته فهذه كلها أحكامها حكم الإيمان بالله في إباحة الحلف بها غير الأمانة وفي لزوم والاستثناء والكفارة هذا المشهور من المذهب وقدرى أشهب من حلف بأمانة الله التي هي صفة من صفاته فهي يمين فان حلف بأمانة الله التي بين العباد فلا شيء عليه وكذلك قال في عزّة الله التي هي صفة ذاته وأما العزّة التي خلقها في خلقه فلا شيء عليه وكذلك قال ابن سحنون في معنى قول الله تعالى سبحانه ربك رب العزّة عما يصفون انها العزّة التي هي غير صفته التي خلقها في خلقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فحين حلف بالعزّة والعظمة والجلال فهو كقوله وعزّة الله وعظّمته وجلاله انما هو حلف بالله تعالى لان ذلك لله تعالى (مسئلة) ومن حلف بصفات الله فحنث فعليه كفارة يمين وكذلك من حلف بالقرآن أو بالمصحف وروى علي بن زياد في العتبية عن مالك فحين حلف بالمصحف أن لا كفارة عليه قال الشيخ أبو محمد وهي رواية منكّرة والمعروف عن مالك غير هذا وان صحت فانها محمولة على أنه أراد الخالف بذلك جسم المصحف دون المكتوب فيه وروى عنه ابن المواز قال يمينه بالمصحف أو بالكتاب أو بما أنزل الله يمين وفيها كفارة اليمين وقال ابن حبيب عن مالك من حلف بالمصحف والقرآن أو بسورة منه أو بآية منه زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أو بالكتاب وان لم يصف شيئاً من ذلك الى الله تعالى فكفارته كفارة اليمين ووجه ذلك أن القرآن كلام الله تعالى وصفة من صفات ذاته فحق علق اليمين عليها فهي لازمة كالحلف بالله تعالى (مسئلة) ومن حلف بالتوراة والانجيل فقد قال سحنون عليه كفارة واحدة ان حنث ومعنى ذلك والله أعلم انها كتب منزلة من عند الله فلذلك تعلق بها حكم اليمين بالله (مسئلة) ومن قال أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله فلا خلاف انها إيمان فأما ان قال أقسم لأفعلن أو لأفعلن أو أحلف أو أشهد ولم يقل بالله فان أراد بذلك أقسم بالله فهي يمين خلافاً لبعض أقوال الشافعي والدليل على ما نقوله أنه لفظ يستعمل في اليمين فعلى حكم اليمين بالنية دون التلفظ باسم الله أصل ذلك اذا قال احلف وبدل على استعمال هذا اللفظ فيما قلناه قوله تعالى وأقسموا بالله جهد أيمانهم وقوله تعالى اذا قسموا ليصر منها مصعبين (مسئلة) فان لم يردّها أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله فليست بيمين خلافاً لأبي حنيفة في قوله انها يمين والدليل على ما نقوله ان الحلف قد يكون بغير اسم الله تعالى فاذا تعرت اليمين عن اسم الله تعالى وصفاته نية ولفظاً أي عرفاً فلا كفارة فيها كقولهم أشهد بالسما والنجوم

﴿ ما لا تجب فيه الكفارة

من اليمين ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن نافع عن عبد الله بن

عمر أنه كان يقول من قال

والله ثم قال ان شاء الله ثم

لم يفعل الذي حلف عليه

لم يحنث

والقمر والكعبة وما أشبه ذلك (مسئلة) ومن قال أعزم بالله عليك فليست بيني وانما هي رغبة
وتأكيد مسئلة ووجه ذلك أن هذا لفظ لا يستعمل في اليمين وانما يستعمل في التأكيد فلم يكن
يمينا كقوله أسألك بالله

(فصل) وقوله ثم قال ان شاء الله يريد من كانت يمينه بالله فان الاستثناء يجعلها يمنع وقوع الحث
بمخالفتها والاصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن سليمان عليه السلام قال لأطوفن
الليلة بمائة امرأة تلد لكل امرأة غلاما يقاتل في سبيل الله فقال له الملك قل ان شاء الله فلم يقل ونسي
فطاف بهن فلم تلد منهن الا امرأة نصف انسان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قال ان شاء الله
لم يحث وكان أرجى لحاجته (مسئلة) وخص بذلك اليمين بالله تعالى لان الاستثناء لا يؤثر في غيرها
سواء كانت اليمين بطلاق أو عتق أو مشى الى مكة أو غير ذلك وكذلك التزام شيء من ذلك أو ابقاعه
لا يؤثر فيه الاستثناء مثل أن يقول لامرأة أنت طالق ان شاء الله أو يقول لعبده أنت حر ان شاء الله
أو يقول على المشى الى مكة ان شاء الله فهذا يلزمه جميع ما أوقع من ذلك ولا ينفعه الاستثناء وقال
الشافعي لا يلزمه شيء من ذلك فان الاستثناء يجعل اليمين بذلك كله والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى
الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان ولم يفرق بين أن يستثنى أو لا يستثنى فيجعل على
عمومه ودليلنا من جهة المعنى أن الاستثناء اختصاصا باليمين بالله تعالى لانها يمين مشروعة مباحة
فجعل لمن حلف بها مخرجا منها بالاستثناء كما جعل له مخرجا بالكفارة قال الله تعالى ومن يتق الله يجعل
له مخرجا واليمين بالطلاق ممنوع فلم يجعل له مخرجا بالاستثناء كما لم يجعل مخرجا بالكفارة وتحرير هذا
ان الاستثناء معنى يحل اليمين بالله فيكون له مدخل في حل اليمين بالطلاق كالكفارة (مسئلة)
وهذا اذا كان الطلاق مطلقا غير معلق بصفة فأما اذا علق بصفة فقال ان دخلت الدار فأنت طالق ان
شاء الله فقد قال مالك ان الطلاق يلزمه ولا ينفعه الاستثناء وقال عبد الملك بن الماجشون ان رد
الاستثناء الى الفعل الذي حلف أن لا يفعله أثر الاستثناء في يمينه وان رده الى الطلاق لم يؤثر في يمينه
وجه قول مالك ان هذه يمين بطلاق فلم يؤثر الاستثناء فيها أصلها اذا كانت غير معلقة بصفة ووجه
قول عبد الملك بن الماجشون ان الاستثناء انما يرجع الى الفعل ولم يرد به حل اليمين وانما يريد بان شاء
الله وقوع الفعل

(فصل) وقوله ثم قال ان شاء الله ثم لم يفعله الذي حلف عليه لم يحث يحتمل أن يريد به أنه قال ان
شاء الله على معنى حل يمينه وأما ان قال ذلك سهوا بمعنى ان شاء الله أن يكون كان أو امتثالا
لقوله تعالى ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله قال القاضي أبو محمد وأبو بكر أو
تأكيدا أو سبق بذلك لسانه أو قصد التلفظ به ولم يقصد به شيئا فانه لا يجعل شيء من ذلك يمينه ومتى حث
فيما حلف عليه وجبت عليه الكفارة ويدروى أشهب عن مالك في العتبية انه قال وكذلك من قالها
بهجاء وذكره قول عمر من قال ان شاء الله فقد استثنى فقال انما ذلك اذا نوى به الاستثناء يريد حل
اليمين ص قال مالك أحسن ما سمعت في الدنيا انها لصاحبها ما لم يقطع كلامه وما كان من ذلك
نسقا يتبع بعضه بعضا قبل أن يسكت فاذا سكنت وقطع كلامه فلا نية له في ش قوله ان أحسن ما
سمع في الدنيا انها لصاحبها ما لم يقطع كلامه يقتضى انه قد سمع غير ذلك وهو ما روى عن الحسن
وطاوس ان للحالف الاستثناء ما لم يقيم من مجلسه وما روى عن ابن عباس انه كان يرى به الاستثناء
متى ما ذكر وتاول قول الله تعالى واذا كررك انك انكسيت وهذا قد قال شيوخنا انه لا يثبت عن ابن

قال مالك أحسن ما
سمعت في الدنيا انها
لصاحبها ما لم يقطع كلامه
وما كان من ذلك نسقا
يتبع بعضه بعضا قبل أن
يسكت فاذا سكنت وقطع
كلامه فلا نية له

عباس فان ابن عباس من أهل اللسان ولا يخفى عليه انه ليس من لغة العرب أن يذكر الانسان لفظا ثم يظهر الاستثناء منه بعد عام وقوله تعالى واذ كرر بك اذا نسيت ليس من الاستثناء في اليمين وانما أمر الله تبارك وتعالى نبيه صلى الله عليه وسلم أن لا يقول في شيء انه يفعل غدا حتى يقول ان شاء الله وان كان قوله عاريا عن اليمين ثم أمره بما يفعله اذا نسي ذلك عند قوله فقال تعالى واذ كرر بك اذا نسيت وهذا اللفظ يحتمل أن يريد به ذكر الله تعالى بالاستغفار أو بغير ذلك من وجوه الاذكار ويحتمل أن يريد بذلك أن يقول ان شاء الله تعالى متى ما ذكر بمعنى ان ما يشاء الله أن يكون كان لاعلى معنى الاستثناء فان الاستثناء لا يكون الا متصلا بالمستثنى منه في لغة العرب ولو صححت هذه الرواية عن ابن عباس لكان معناها أن يذكر الله متى ما ذكر بأن ما شاء كان أو بغير ذلك من الاذعان على معنى الذكروا الاستدراك ما فات منه لاعلى معنى حال اليمين

(فصل) وقوله ما لم يقطع كلامه يريد ان قطع الكلام يمنع الاستثناء وانما يكون الاستثناء اذا كان متصلا بالكلام ولا يقطع ذلك انقطاع النفس قاله ابن المواز وقال القاضي أبو محمد أو سعمال أو ثواب أو ما أشبه ذلك لان قطع النفس للكلام ليس بما يقتضى تمام الكلام وانما يقتضى تمام تركه من غير معنى غالبا فيكون الرجوع اليه بعد الرضا بانعقاد ما تقدم منه وتامه فأما اذا وصله بكلامه فلم يرض بانعقاد ما تقدم منه الا بما وصله من الاستثناء ولان الاستثناء لما لم يجز افراده بالنطق لانه لا يفيد شيئا لم يجز أن يتراخى عما يتعلق به كالشرط وخبر الابتداء (مسئلة) ولا يكون الاستثناء الانقطاع فان نواه من غير نطق لم ينعقد رواه ابن القاسم عن مالك قال القاضي أبو محمد كالكفارة ولو نوى ان عبده حر عن الكفارة لم يجزه الا أن يتلفظ به وكذلك الاستثناء

(فصل) وهذا في الاستثناء بالله تعالى بمعنى حل اليمين لانعلم فيه خلافا بين أصحابنا فأما الاستثناء على غير هذا الوجه فقد اختلف أصحابنا في مسائل منه وذلك الاستثناء لاخراج بعض الجملة قال ابن المواز ألقاها الاستثناء ثلاث لفظية ان كلفه ليعض بن فلان ان شاء فلان وانظرة الا أن كلفه ليسافر ان شاء فلان فهذان اللفظان لا تجزى النية فيهما دون اللفظ وأما لفظه الا وهى مثل أن يحلف لا يكلم قرشيا الا فلانا وما آكل اليوم طعاما الا لحاف قد اختلف فيه فقيل يجزئ فيه النية كما يجزئ الحالف بالحلال عليه حرام محاشاة أمراته بنيته دون نطق والفرق بين الاولين إن والا أن أن اليمين مع الاستثناء بان أو بالا أن مستفركة لايان ما يتناول اللفظ وانما يؤثر الاستثناء في بعض الصفات الأحوال واليمين مع الاستثناء بالالم بين على استغراق ما يتناول اللفظ اليمين بل قد ثبت على اخراج بعض ما تناولته فجرى ذلك عند من قال بذلك مجرى التخصيص اذا لم يتعلق بذلك بحق يطالب به مثل أن يكون يمينه بطلاق في المجموعة عن ابن القاسم انه يصدق في الفتوى دون القضاء يريد ان قامت بذلك بينة حكم عليه بالطلاق ولم يصدق فيما يدعيه فوجه القول بأن النية لا تنفعه في الاستثناء بالا أن ان هذا استثناء يحل اليمين المنعقدة فلم تجز فيه النية دون النطق بالاستثناء بعيشة الله تعالى ووجه القول الثاني ما قدمنا ذكره وما قاسه عليه من المحاشاة في الحلال عليه حرام وذلك أن المشهور من المذهب ان قوله في ذلك مقبول وقدرى أصبغ عن أشهب ان اليمين تلزمه ولا ينفعه ما ادعاه من المحاشاة فوقع الاختلاف في الأصل كما وقع في الفرع والفرق بين المسئلتين في الحكم ثابت لان من جوز له المحاشاة في الحلال عليه حرام قبل قوله في ذلك وان قامت عليه بينة ولم يقبل قوله في الاستثناء بالا والفرق بينهما ان ما يحلف به لا يقتضى الاستيعاب فان أصل الايمان والمباح منها اليمين

بأنه تعالى وذلك مبنى على التخصيص ولذلك لو قال الخالف الطلاق على أن فعلت كذا لجاز أن يقول أردت به واحدة وذلك خلاف الاستيعاب والمحلو في عليه يقتضى الاستيعاب لانه اذا قال لا كتبت رجلا جلي على استيعابه وعمومه هذا على قول ابن القاسم وقد سوى بينهما فحمل المحلوف به والمحلو في عليه على الاستيعاب وفرق بينهما في اليمين بالطلاق العرف والعادة (فرع) ومن ذلك أن يحلف أن لا يجبر بخبر الا فلانا وينوى في نفسه وفلانا قال ابن المواز تنفعه نيته الا أن يكون على يمينه بالطلاق نيته ووجه ذلك ان الاستثناء بالنطق لما دخل اليمين وعُدل باللفظ العام عن ظاهره جاز أن يتناقض اليه استثناء آخر بالنية فيما الحكم فيه مصروف اليه وما حكم عليه به يقبل منه انه نوى لان لفظ يمينه ظاهر ثابت بالنية وما بدعيه من الاستثناء بالنية غير معلوم (فرع) ومن ذلك أن يحلف لا كتبت فلانا ونوى شهرا روى أشهب عن مالك ان ذلك ينفعه في القيادون القضاء وقال ابن القاسم وجه ذلك أن ظاهر لفظه يقتضى العموم ونية التخصيص لحمل عليها فيما بينه وبين الله تعالى وأما الحكم فلا يقبل منه انه نوى لان يمينه قد ثبتت ونيته غير ثابتة

(فصل) فاذا قلنا في الاستثناء بالله تعالى أو بغير ذلك لا تجزئه النية دون اللفظ فقير وي ابن حبيب عن أصبغ وغيره وان كان الخالف غير مستحلف أجزأه أن يحرك شفتيه وان لم يجهر به وان كان مستحلفا لم يجزئه الا أن يجهر به وقاله ابن المواز فيما كان من الإيمان بوثيقة حق أو شرط في نكاح أو عقديع أو ما يستحلفه أحد عليه لا تجزئه حركة اللسان حتى يظهره ويسمع منه (مسئلة) قد تقدم من القول أن الاستثناء لا يكون الانطقا ولابد أن يقصد به حل اليمين فيجب أن يبين موضع القصد الى ذلك فالذي عليه جمهور أصحابنا وهو قول مالك انه اذا كان نطقه بالاستثناء متصلا بيمينه وينوى ذلك مع أول استثنائه أجزأه ذلك وان لم ينو الاستثناء قبل الفراغ من اليمين وقال ابن المواز وان لم ينو ذلك قبل أن ينطق بآخر حرف من يمينه بطل استثنائه وهو في قوله والله لا دخلت الدار فان لم ينو الاستثناء قبل النطق بالراء من الدار لم يجزه وجه قول مالك ان لفظ الاستثناء لما لم يشترط تقديمه على آخر حرف من اليمين لم يشترط ذلك في النية لان مجرد النية لا يؤثر ولو أثر مجرد النية دخل اليمين لاستغنى عن لفظه وهذا باطل باتفاق ووجه القول الثاني ان اليمين قد انعقدت بكال النطق بها فلم يؤثر فيها الاستثناء كالفصل بينهما ما السكوت قال القاضي أبو محمد والأول أصح ص قال مالك في الرجل يقول كفر بالله أو أشرك بالله ثم يحنث انه ليس عليه كفارة وليس بكافر ولا مشرك حتى يكون قلبه مضمرا على الشرك والكفر وليستغفر الله ولا يعد الى شيء من ذلك وبئس ما صنع محسوس وهذا كما قال مالك ان من قال مثل ما قاله من انه كفر بالله ان قال كذا أو هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو عليه غضب الله أو انه برىء من الاسلام ثم خالف ما عليه فانه لا يلزمه بذلك شرك ولا خروج عن دين الاسلام هل هو على اسلامه وانما يكون كافرا من اعتقد الكفر وأما من كرهه أو أبغضه أو اعتقد خلافه فلا يكون كافرا ولكنه أشتم في يمينه تلك فليستغفر الله ولا يعد الى الحلف بها ولا يلزمه بيمينه تلك شيء خالفها أو وافقها وقال أبو حنيفة والثوري من قال هو يهودى أو نصرانى أو كفرت بالله أو أشركت بالله أو برئت من الاسلام فهي يمين وعليه الكفارة ان حنث والدليل على ما نقله ما روى الزهري عن جدي بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف باللات والعزى فليقل لا إله الا الله ومن قال تعال أقامرك فليصدق فوجه الدليل انه صلى الله عليه وسلم أوجب عليه تكفير حلفه باللات والعزى وهو من جهة القياس ان هذه يمين مفسرة عريت

بأنه تعالى وذلك مبنى على التخصيص ولذلك لو قال الخالف الطلاق على أن فعلت كذا لجاز أن يقول أردت به واحدة وذلك خلاف الاستيعاب والمحلو في عليه يقتضى الاستيعاب لانه اذا قال لا كتبت رجلا جلي على استيعابه وعمومه هذا على قول ابن القاسم وقد سوى بينهما فحمل المحلوف به والمحلو في عليه على الاستيعاب وفرق بينهما في اليمين بالطلاق العرف والعادة (فرع) ومن ذلك أن يحلف أن لا يجبر بخبر الا فلانا وينوى في نفسه وفلانا قال ابن المواز تنفعه نيته الا أن يكون على يمينه بالطلاق نيته ووجه ذلك ان الاستثناء بالنطق لما دخل اليمين وعُدل باللفظ العام عن ظاهره جاز أن يتناقض اليه استثناء آخر بالنية فيما الحكم فيه مصروف اليه وما حكم عليه به يقبل منه انه نوى لان لفظ يمينه ظاهر ثابت بالنية وما بدعيه من الاستثناء بالنية غير معلوم (فرع) ومن ذلك أن يحلف لا كتبت فلانا ونوى شهرا روى أشهب عن مالك ان ذلك ينفعه في القيادون القضاء وقال ابن القاسم وجه ذلك أن ظاهر لفظه يقتضى العموم ونية التخصيص لحمل عليها فيما بينه وبين الله تعالى وأما الحكم فلا يقبل منه انه نوى لان يمينه قد ثبتت ونيته غير ثابتة

عن اسم الله تعالى وصفاته نطقاً ونسباً وعرفاً لم يحب بها كفارة يمين أصله إذا قال ان فعلت كذا فعله القيام أو القعود أو النوم وأما ما روي ثابت بن الضحاك عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بجملة غير الاسلام كاذباً فهو كما قال فإنه لا حجة فيه للمخالف لأنه ان كان أراد به كما قال من الكفر فان المخالف لا يقول به وان كان أراد به كما قال من انه يلزمه ما حلف عليه فإنه ليس فيه للمخالف حجة لأنه ليس فيه ذكر كفارة يمين ومن عهد عهوداً أو وعد عدة يلزمه أن يفي بذلك وان لم يلزمه يمين ووجه آخر وهو ان في الحديث ما يدل على انه انما هو الحلف على الماضي لأنه هو الذي ينطلق عليه اسم الكذب وأما من حلف على أن يفعل فلا يوصف بالكذب ومعنى الحديث والله أعلم ان من حلف بذلك انه لم يفعل في الماضي فعلاً أو لم يقل قولاً وهو كاذب في ذلك فإنه قد فعل ما حلف انه لم يفعله وقال ما حلف انه لم يفعله

﴿ ما تجب فيه الكفارة من الايمان ﴾

ص. م. مالك عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف بيمين فرأى غير ما خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير ﴿ ش. قوله صلى الله عليه وسلم من حلف بيمين فرأى غير ما خيرا منها يريد والله أعلم من حلف أن لا يفعل شيئاً ثم رأى ان فعله أفضل في الدين أو أنفع في الدين فإن له أن يكفر عن يمينه ويفعل الذي هو خير وكذلك ان اختار فعل ذلك ومالت اليه نفسه من غير اثم فإن له أن يفعله ويكفر عن يمينه لان الكفارة تحل لليمين كما يجعلها الاستثناء فيصير من كفر عن يمينه بمنزلة من لم يحلف وقدم في هذا الحديث الكفارة على الخنث بفعل ما حلف أن لا يفعله وقدم رده هذا الحديث أيضاً بتقديم الخنث وهو قوله فليفعل الذي هو خير وليكفر عن يمينه على ان التقديم في هذا والتأخير لا يقتضي تقديم الخنث ولا تقديم الكفارة لان الواو لا تقتضي رتبة ولا خلاف أن تأخير الكفارة جائز وقد استحب مالك أن تكون الكفارة بعد الخنث فان قدمها قبل الخنث فهل يجزئه أم لا عنه في ذلك وإيتان (فرع) فإذا قلنا انه تجوز الكفارة قبل الخنث فيصح عندي أن يكفر بكل ما يكفر به من صوم أو غيره وقال الشافعي لا يصح أن يكفر بالصوم قبل الخنث وانما يصح ذلك بالعق أو الإطعام ووجه ذلك ان كل وقت صح أن يكفر فيه بالعق فإنه يصح أن يكفر فيه بالصوم أصل ذلك ما بعد الخنث ص. ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول من قال على نذر ولم يسم شيئاً ان عليه كفارة يمين قال مالك فاما التوكيد فهو حلف الانسان في الشيء الواحد مراراً يردد فيه الايمان يميناً بعد يمين كقوله والله لا أنقصه من كذا وكذا يحلف بذلك مراراً ثلاثاً أو أكثر من ذلك قال فكفارة ذلك كفارة واحدة مثل كفارة اليمين ﴿ ش. قد تقدم الكلام في النذر المطلق وان حكمه حكم اليمين بالله تعالى في الكفارة وكذلك سائر ما يتعلق به من الأحكام في الاستثناء وغيره وأما قوله في تأكيد اليمين مثل أن يحلف في الشيء الواحد مراراً فان ذلك ليس عليه الا كفارة واحدة سواء كان ذلك في مجلس أو مجالس (مسألة) ولو قال والله ثم والله ثم والله لا فعلت كذا ثم فعله فليس عليه الا كفارة واحدة الا أن ينوي لكل يمين كفارة كالنذر ورواه ابن المواز ووجه ذلك انها محمولة على التأكيدي حتى ينوي لكل يمين كفارة كن قال على ثلاث نذور فيلزمه حينئذ ثلاث كفارات (مسألة) ومن قال والله لا فعلت كذا ثم قال على نذر ان فعلت كذا لزمه كفارتان ان فعل قاله ابن المواز لان حكم التزام النذر غير حكم الحلف فوجب

﴿ ما تجب فيه الكفارة

من الايمان ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك

عن سهيل بن أبي صالح

عن أبيه عن أبي هريرة

أن رسول الله صلى الله

عليه وسلم قال من حلف

بيمين فرأى غير ما خيرا

منها فليكفر عن يمينه

وليفعل الذي هو خير

قال يحيى وسمعت مالكا

يقول من قال على نذر ولم

يسم شيئاً ان عليه كفارة

يمين قال مالك فاما التوكيد

فهو حلف الانسان في

الشيء الواحد مراراً يردد

فيه الايمان يميناً بعد يمين

كقوله والله لا أنقصه من

كذا وكذا يحلف بذلك

مراراً ثلاثاً أو أكثر من

ذلك قال فكفارة ذلك

كفارة واحدة مثل كفارة

اليمين

لكل واحد منهما موجه ولذلك لو قال على عشرة نذور ان فعلت كذا لزمه عشر كفارات بخلاف تكرار اليمين ولو قال على نذر ان فعلت كذا ثم قال على نذر ان فعلت كذا فعليه كفارتان الا ان يريد بالثاني الاول لان كل قول من ذلك التزام لما تضمنه (فرع) والفرق بين اليمين والنذر ان اليمين معناها المنع من فعل أو التزامه فالتكرار منها فاما يتعلق بما يتعلق به ما قبله على وجه التأكيده فوجب به ما وجب بما قبله وأما النذر فالإتزام تام لو انفرد عن الحلف لكان التزاما تاما فكان لكل نذر من ذلك حكمه وأيضا فان اليمين لا تتضمن الكفارة وانما شرعت حلها كالاستثناء فوجب أن تحل الكفارة لجميع ما تقدمها من الايمان كالاستثناء المتعقب لايمان متصله وليس كذلك النذر فانه يتضمن ملزما فلزم بالأول ما لزم بالثاني لما كان مقتضاها واحدا يدل على ذلك انه لو قال والله ووالله ووالله ففعلت للزوم كفارة واحدة ولو قال على نذر وعلى نذر وعلى نذر ان فعلت كذا ثم فعله لزمه ثلاث كفارات والله أعلم (مسئلة) ومن قال على أربعة ايمان في العتية عليه أربع كفارات قال الشيخ أبو محمد وأعرف ان ابن المواز قال عليه كفارة واحدة الا أن تكون له نية وجه القول الاول ان هذا التزام وذلك يوجب عليه أربع كفارات كما لو قال عليه أربعة نذور ووجه القول الثاني ان الايمان طريقها الحلف وتكرارها يقتضي التأكيده حتى ينوي به غير ذلك على ما تقدم ذكره (مسئلة) ومن قال في يمينه بالله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم العزيز العالم الغيب والشهادة مالك يوم الدين ثم حنث لم يجب عليه الا كفارة واحدة ولو قال على عهد الله وميثاقه لزمه كفارتان لان الاول حلف بمخوف واحد ووصفه بصفات كثيرة والثاني كان يمينه بالعهد ثم أضاف اليه الميثاق فلزمه كفارتان (مسئلة) ومن قال على عهد الله وأشد ما اتخذ رجلا على رجل لزمه في العهد كفارة واختلف أصحابنا في قوله وأشد ما اتخذ رجلا على رجل في العتية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فيه كفارة يمين وروى عن ابن القاسم انه ان لم تكن له نية يلزمه الطلاق لنسائه والعتيق لرفيقه والصدقة بثلاث ماله ويمشي الى الكعبة ورواه ابن المواز قال عيسى وان حاشا الطلاق والعتيق من ذلك فعليه ثلاث كفارات يريد والله أعلم الصدقة والمشي وكفارة الايمان ووجه القول الاول ان أشد ما اتخذ رجلا على رجل انما يقتضي يميناً واحدة ولا يمين أعظم من اليمين بالله ولا اثم أعظم من اثم من اجترأ على الحنث بها فكانت يمينه بأشد ما اتخذ رجلا على رجل مقتضية لليمين بالله تعالى فلذلك لزمته كفارة اليمين بالله ووجه قول ابن القاسم ان الحالف بذلك انما يقتضي حلفه به التشديد عليه في المخالفة ليمينه وتعظيم النسبة عليه بذلك انما يكون بكثرة ما يلزمه بالحنث فيها وأما مقادير المآثم فالتة أعلم بها ولو أراد اليمين بالله لا جترأ بما تقدم له من يمينه فلذلك حل على اجتماع الايمان ولزوم جميع أنواعها (مسئلة) وأما من قال الحلال عليه حرام فلا يخلو أن يحلف بذلك ابتداء أو يحلف لمن يستخلفه فان حلف بذلك ابتداء فان الطلاق يلزمه ان لم تكن له نية أو كانت له نية العموم في قول ابن القاسم وأشهب وان نوى محاشاة الطلاق والعتيق فلا يخلو أن تكون عليه بينة أو لا تكون عليه بينة فان كانت عليه بينة فقال الشيخ أبو بكر يحلف على ذلك وفيل لا يمين عليه وقال ابن القاسم له نية وقال أشهب ولو قال الحلال كله على حرام لم يمنعه محاشاة امرأته بنيتها حتى يسميها بالكلام ولا فرق بين قوله الحلال على حرام وبين قوله الحلال كله حرام الا التأكيده للعموم لان من يقول ان قوله الحلال على حرام للعموم يقول ان لفظة كل للعموم ومن يقول ليست للعموم ولا للعموم لفظ موضوع فانه ينفي أن يكون لفظة كل تقتضي العموم فاما أن يكون أشهب ينفي

العموم في الألف واللام التي للجنس ويثبتها في كل وأما أن يثبت العموم فهما ويجعل للتأكيد
 مزية تمنع الاستثناء بالنية دون اللفظ وعلى هذا يصح أن يجري قوله في الأيمان اللازمة إذا ثبت فيها لفظ
 كل أو عريت عنها والله أعلم (مسئلة) وأما أن يستحلف فقد قال ابن القاسم في الموازية سواء استحلفه
 الطالب أو ضيق عليه حتى يحلف أو يخاف أن لا يتخلص منه إلا باليمين فإنه لا تنفعه نيته وروى ابن حبيب
 عن مطرف عن مالك وتنفعه نيته في محاشاة الزوجة لا خلافا للناس في هذا اليمين وأما في غير ذلك
 فلا تنفعه المحاشاة ولا النية واليمين على نية المستحلف وقاله ابن الماجشون (مسئلة) ومن قال عليه
 أيمان البيعة فلما حلف قال لم أورد الطلاق في كتاب ابن المواز ذلك إلى نيته وهذا يقتضي أنه قال
 لم أؤشياً لزمه من الطلاق والعق واليمين في قوله أشد ما اتخذهم رجل على رجل هذا عندني مثل اليمين
 التي يجري في بلدنا من قول الحالف الأيمان لازمة وقد رأيت فيبيعة أهل المدينة ليزيد بن معاوية وفيها
 بعدهما من عهد الخلفاء ولفظ الأيمان اللازمة لم أرفيه للمتقدمين أصولاً مخرصة وقد اختلف فيها من
 عاصرنا من الفقهاء فأما العلماء فأجمعوا على أنها أيمان لازمة يجب بها الطلاق والعق والمشي إلى
 مكة والصدقة بثلاث المال وصيام شهرين واختلقوا في الطلاق الواجب بذلك فكان الشيخ أبو
 عمران بن أبي حاج رحمه الله وأكثروا بلغنا قوله من أهل إفريقية يجعلون ذلك طلاقاً واحداً وكان
 معظم أهل بلدنا يجعلونها ثلاثاً وحكاها الشيخ عبد الحق عن أبي بكر بن عبد الرحمن وهو الأظهر
 عندني على أصل مالك واحتج في ذلك أبو بكر بن عبد الرحمن بأن الحرام إنما يكون في المدخول بها
 ثلاثاً وهو من جملة الأيمان فلزمنا أن يلزمه من كل نوع من أنواع الأيمان وأوعبنا لا يجابنا عليه بميناً من
 كل نوع من أنواع الأيمان ولو لم يلزمه أوعبنا لا خللنا ببعض أنواع الأيمان وإذا أزمناه أوعبنا أنواع
 الطلاق لزمنا أن نلزمه البتة وألحرام من نوع الطلاق وهو مما يستعمل كثيراً في قولهم الحلال على
 حرام فيجتمع فيه أنه أوعب ما في الباب مع عرف الاستعمال ولذلك أوجبنا عليه في الحج ماشياً إلى
 مكة ودون العمرة ودون الحج راكباً ما كان ذلك أبلغ في اليمين وأوعب لما يحلف به من هذا النوع
 ووجه ما قاله القرويون في هذا التعلق بعرف استعمال هذه الالفاظ فأكثر ما يستعمل أنت طالق
 إن فعلت كذا فإن قلت كذا فكان عرف استعمال اللفظ في الواحدة أكثر فخامه عليه ولذلك قالوا
 في الحج يلزمه المشي لأنه أكثر ما يستعمل بهذا اللفظ عليه المشي إلى مكة إن فعل كذا وإن قال كذا
 ولا يكاد يستعمل بغير هذا اللفظ قالوا ويحلف الرجل بصدقة ماله فيلزمه ثلثه فلو جاز أن يقال يلزمه
 من الطلاق الثلاث لما جع الأيمان للزعم أيضاً أن يتصدق بجميع ماله وفي هذا القول نظر نذكره
 إن شاء الله في هذا الموضع ويلزمهم على هذا الحلال على حرام فإنه لفظ مستعمل كذا وقع فيلزم منه
 أوعب ما في الباب فيجب أن يعمل الطلاق عليه (فرع) إذا ثبت ذلك فتقرر بما تحقق عند الأب
 هذه اليمين من أقوال الشيوخ يعني عن ابن لبابة ومحمد بن عمران كان يقول ينوي أن قال لم أؤ
 الطلاق ولم أؤ الاطلاق واحدة صدق ورأيت للشيخ أبي عمران في نسخة جواباً عن هذه المسئلة
 في الذي يقول يلزمي جميع الأيمان ينوي الحالف أن زعم أنه قصد بعض الأيمان دون بعض حل على
 ذلك ولم ينو شيئاً ولكنه عم لزمه غاية التشديد وما جرت به عادة الحالفين وإن لم ينو عموماً ولا خصوصاً
 فهو موضع اشكال يؤمر صاحبه بالاحتياط والتزام جميع ما يخاف أن يكون دخل تحت لفظه
 يعرف الاستعمال ولا يقضى عليه بذلك وروى عنه أنه قال يلزمه جميع الأيمان من الطلاق والعق
 وغير ذلك فقل له ما يلزمه من الطلاق فقال في ذلك تنازع وأرى أن الواحدة عليه بلا شك ويستحب

له أن يلزم نفسه ما زاد على ذلك ففيل له من الايمان فقال هذا ما لا غاية له وكذلك من الايمان كلاتز وجنتك فانت طالق فوجب أن يلزمه ذلك فظاهر قول أبي عمران في الجواب الاول يقتضي نفى القول بالعموم وانه اذا نوى العموم لزمه أشد ما يستعمل في ذلك وهو راجع الى ما نقوله لقولنا بالعموم وما ألزمه من قولنا كلاتز وجنتك فانت طالق غير لازم لانه انما يلزمه الايمان المطلقة دون الايمان المتعلقة بصفة * قال الامام أبو الوليد رحمه الله وعندى انه يجب أن يتفرع القول في هذه اليمين على حسب ما قدمناه من أقوال المالكيين في الخالف بالخلال عليه حرام ويرتب على ذلك الترتيب وقد قدمناه قبل هذا والله التوفيق وقد رأيت لبعض أهل اللغة قولاً أراه أرا دبه تسهيل هذه اليمين لانهم يروون عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كل يمين وان عظمت فان كفارتها كفارة يمين يريدون انه لا يجب على الخالف بالايمان اللازمة الا كفارة يمين وهذه الرواية لا تصح عن عائشة فمأملت ولو صحت لجاز أن يلحقها التخصيص أو يكون ذلك رأياً أنه لم توافق عليه فرأيت للجر جاتي أنه قال لا إله الا الله اسم لجميع الايمان قال وأراد لا إله الا الله وما اتصل بهما من جميع أسبابها وآلاتها وهو الذي ادعاه من أن لا إله الا الله اسم لجميع الايمان لا سبيل له الى اثباته من جهة لغة ولا شرع ولا ورد في ذلك شيئاً يتعلق به ولو صرح ما ادعاه من ذلك لم يكن فيه تعلق بل هو عكس ما نقوله لانهم يقولون ان الايمان اللازمة اسم للحلف بالله فلا يلزم بها الا ما يلزم الخالف بالله وأما اذا كانت اليمين بالله اسماً لجميع الايمان فيجب أن يلزم الخالف بها جميع الايمان وهذا لا يقوله أحد والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فن خلف بالايمان اللازمة لزمه الطلاق في جميع من عنده من النساء لان يمينه متعلقة بجميعهن فان لم تكن عنده امرأة لم يلزمه فمين يتزوج في المستقبل لان الحلف بذلك نوع من الطلاق ولا يلزم منه الا أعمه أو المعتاد منه وليس هذا بأعم ولا المعتاد منه ولا هو قرينة فيلزمه بالنذر

(فصل) وأما الصيام فالذي يلزم منه على قولنا صيام شهرين متتابعين وهو أعم ما ورد به الشرع من هذا النوع

(فصل) وأما العتق فان كان عنده رقيق عتق عليه جميعهم لان حكم اليمين متعلق بجميعهم كالطلاق وان لم يكن عنده رقيق فعليه عتق رقبة ولا يلزمه أكثر من ذلك لان ما زاد على ذلك انما يقتضي التكرار ولا يلزم ذلك بهذه اليمين ولا غيرها

(فصل) وأما الصدقة فقد نص أصحابنا على أن الذي يجب في أشد ما تخفّر رجل على رجل أن يتصدق بثلاث ماله وهذا مبني على التعلق بالعرف لان أكثر من يحلف انما يحلف بصدقة ماله ويجب بذلك عند المالكيين الثلث لان عرف الشرع متعلق به دون غيره من المقادير وتعلق به ذلك بأكثر مما يلزم من ذلك من غير عرف لوجب عليه أكثر ماله أو جميعه على حسب ما يلزم بالصدقة أو بالجزء الشائع لكنه لا يجبي على قول أصحابنا الا التعلق بالأكثر مع العرف والعادة على قول أهل بلدنا والتعلق بالعرف خاصة عند القرويين (فرع) فاذا قلنا انه يلزمه الطلاق بالايمان اللازمة لتناول اللفظ له فقال اني حاشيت الطلاق أو العتق أو شيئاً من ذلك ينيق فامامنا لا يطالب به من الصوم والمشى الى مكة والعتق غير المعين فلا خلاف في تصديقه فيه * وأما ما للامام المطالبة فيه كالطلاق والعتق المعين فيجري القول فيه على اختلاف شيوخنا فحين حلف بالخلال عليه حرام أو بالخلال كله عليه حرام ثم ادعى انه حاشا الزوجة بنيته وقد تقدمت أقوالهم في ذلك بما يقف عليه الناظر في موضعه من شاء الله تعالى ص * قال مالك فان حلف رجل مثلاً فقال لا والله لا آكل هذا الطعام ولا ألبس هذا الثوب ولا أدخل هذا البيت فكان هذا في يمين واحدة فأنما عليه كفارة واحدة وانما ذلك كقول الرجل

قال مالك فان حلف رجل مثلاً فقال والله لا آكل هذا الطعام ولا ألبس هذا الثوب ولا أدخل هذا البيت فكان هذا في يمين واحدة فأنما عليه كفارة واحدة وانما ذلك كقول الرجل

لا امرأته أنت الطلاق أنت كسوتك هذا الثوب وأذنتك إلى المسجد يكون ذلك نسقاً متتابعاً في كلام واحد فان حنث في شيء واحد من ذلك فقد وجب عليه الطلاق وليس عليه فيما فعل بعد ذلك حنث انما الحنث في ذلك حنث واحد * ش وهذا كما قال ان من حلف يميناً واحدة تضمنت أشياء أن لا يأكل طعاماً معيناً ولا يلبس ثوباً ولا يدخل بيتاً ولا يكلم رجلاً فانها يمين واحدة تجزئ في حلها بالاستثناء استثناء واحد وفي حلها بالكفارة كفارة واحدة ويحنث بفعل الامتناع من ابعاض ذلك الفعل كمن حلف أن لا يأكل هذا الرغيف فأكل منه فانه يحنث به في الظاهر من المذهب وكذلك من حلف على ما ذكرناه فأكل الطعام أو لبس الثوب أو دخل البيت أو كلم الرجل فانه قد فعل شيئاً مما يحلف أن لا يفعله فدخل عليه الحنث بذلك (مسئلة) وهذا اذا حلف على النفي وهو اذا حلف أن لا يفعل فلو حلف على الايجاب وهو أن يحلف ليفعلن مثل أن يحلف ليأكل الخبز ويلبس الثوب وليدخل البيت وليكلم من زيد فانه لا يبرأ لا بفعل ذلك كله لانه قد حلف على الاتيان بجميعه (مسئلة) ومن حلف لا امرأته فقال ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت واحدة فقد روى عيسى عن ابن القاسم يحنث فيهما ويطلقان وهو قول مالك وقدرى عن مالك أنطلق الداخلة وحدها وقاله أشهب وفي المدونة لا شيء عليه حتى تدخل المرأتان الدار ووجه القول الأول ان الحلف على نفي الفعل والامتناع منه يوجب الحنث بفعل بعضه لان ذلك يقتضي المنع من قليله وكثيره أصل ذلك من حلف أن لا يأكل الرغيف فأكل بعضه ولان هذا الخالف قصد منع كل واحدة من المرأتين من دخول الدار وفعل مخرج يمينه وحنثه فيهما بطلاقهما فن حنث في شيء من يمينه فاما يحنث بطلاقهما جميعاً ووجه الرواية الثانية أن الفعل الذي اقتضت يمينه المنع منه انما هو دخول الدار وقد وجد جميعه ولم تقتض اليمين استيعاب طلاقهما بدخول واحدة منهما لان ما يجب به العموم لا يقتضي العموم والاستغراق وانما يقتضي أقل ما يقع عليه الاسم أو ما يعلم انه قصده باليمين والظاهر من هذا انه انما قصد منع كل امرأة من دخول الدار وأقسم على ذلك بطلاقهما ووجه رواية المدونة أن يمينه انما اقتضت أن لا يدخل زوجته الدار ومن ذلك منعته يمينه ولم يوجد ذلك بدخول احدهما فلم يحنث في شيء من يمينه * قال مالك الأمر عندنا في نذر المرأة انه جائز عليها بغير اذن زوجها يجب عليها ذلك ويثبت اذا كان ذلك في جسدها وكان ذلك لا يضر زوجها وان كان يضر زوجها كان ذلك عليها حتى تقضيه * ش وهذا كما قال ان نذر ذات الزوج لازم لها فان كان ذلك بغير اذن زوجها فان ذلك على ضربين ضرب يتعلق بالمال وضرب يتعلق بالجسد فاما ما يتعلق بالمال فلا يخالف ان يقتصر به على الثلث فادونه أو تزيد على ذلك فان اقتصر على الثلث فادونه فلا اعتراض فيه للزوج لان كل حرج عليه في الصدقة بماله دون المعارضة فيه لحق غيره فانه يجوز تصرفه في ثلثه ولا تجوز له الزيادة على ذلك كالموصى ولانه لا خلاف ان لها ان تصدق باليسير واذا احتجنا إلى الفرق بين اليسير والكثير فالخدي ذلك ماورد به الشرع من الثلث وما زاد على ذلك فالمرأة ممنوعة منه لتعلق حق الزوج بماله يدل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تنكح المرأة لماله وجهها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فاذا كانت انما تنكح لماله لم يكن لها بعد ان زيد في صداقها من أجله ان تتلف جميعه وتهبه غيره (مسئلة) فان زادت في ذلك على الثلث كان للزوج الرد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي لما قلناه من انها اذا زادت على الثلث فهي متعدية في ذلك على الزوج فيجب ان يرد تعديها وما كان من الثلث فأقل فليست بمتعدي فيه لما ذكرناه فلذلك لم يرد (فرع) اذا ثبت ان له الرد فهل له رد

لا امرأته أنت الطلاق ان
كسوتك هذا الثوب وأذنتك
إلى المسجد يكون ذلك
نسقاً متتابعاً في كلام واحد
فان حنث في شيء واحد
من ذلك فقد وجب عليه
الطلاق وليس عليه فيما
فعل بعد ذلك حنث انما
الحنث في ذلك حنث واحد
قال مالك الأمر عندنا
في نذر المرأة انه جائز بغير
إذن زوجها يجب عليها
ذلك ويثبت اذا كان
ذلك في جسدها وكان
ذلك لا يضر زوجها
وان كان يضر زوجها
كان ذلك عليها حتى تقضيه

ذلك كله أم رد ما زاد على الثلث منه المشهور من مذهب مالك وهو قول ابن القاسم أن له رد جميعه وقال ابن الماجشون أن ما زاد على الثلث لا في العتق فانه رد جميعه لما فيه من عتق البعض من غير تقويم وجه القول الأول الزوجه اذا زادت في هبتها كانت متعدية ولم يختص التعدي بما زاد على الثلث بل اختص بالجميع فوجب أن رد جميعه لانها ممنوعة منه لحق الغير مع بقاء المال على ما سلكها كالفلس وبهذا فارق الوصية فان الموصى يمنع من الزيادة على الثلث مع خروج المال عن ملكه فلذلك رد إلى الثلث ووجه القول الثاني أن كل من له التصرف في ثلثه فانه يرد ما زاد عليه كالموصى وهو أقيس وأجرى على الأصول (فرع) واذا قلنا ان الزوج الردأ والاجازة فهل ذلك موقوف على الاجازة أو الرد قال أصبغ هو على الاجازة حتى يردده وقال مطرف وابن الماجشون هو مردود حتى يبيزه الزوج وجه القول الأول أن ذلك مال للزوجة وهي جائزة الامر فأوجبته في ما لها فهو جائز ووجه القول الثاني أن ذلك ممنوع لحق الزوج فلم يجز منه شيء الا باجازته (مسألة) واذا شهد الزوج قسما يمينها أنها متى حلفت في كذا وحنت فقد أجزت ما حلفت به لم يلزمه ذلك ولو أشهد بذلك بعد يمينها وقبل الحنث لزمه ذلك ولم يكن له الرجوع فيه قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ ووجه ذلك أنه اذا أشهد بذلك قبل يمينها فقد أشهد قبل سبب الوجوب عليها وعليه من ترك الاعراض في شيء قبل وجوبه أو وجود سبب وجوبه لم يلزمه ذلك (مسألة) واذا حلفت بأكثر من ثلثها ولازوجه لها فزوجت ثم حنت فلزوج رد ذلك قاله ابن المواز ورواه ابن حبيب عن أصحاب مالك ووجه ذلك ما قاله من أن الاعتبار بحال الحنث دون حال اليمين (فصل) وأما ما يتعلق بجسدها كالصلاة والصيام والحج فانه على ضربين أحدهما أن يضرب بالزوج ككثير الصيام والحج والثاني لا يضرب به كصلاة ركعتين وصيام يوم فان كان ذلك يضرب بزوجه منعها منه لأن حقه قد تعلق بالاستمتاع بها فليس لها أن تأتي بما يمنع منه ولكن ذلك يبقى يندمها حتى تجد إلى أدائه السبيل وان كان ذلك مما لا يضرب بالزوج كان لها تعجيل فعله ولم يكن للزوج منعها منه والله أعلم وأحكم

﴿ العمل في كفارة الأيمان ﴾

ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول من حلف بيمين فأكدها ثم حنت فعليه عتق رقبة أو كسوة عشرة مساكين ومن حلف بيمين فلم يؤكدها ثم حنت فعليه اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مدين حنطة فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ﴿ ش قوله من حلف على يمين فأكدها يحتمل أن يريد بتأكيدها تكرار وصف الله تعالى بصفاته مثل أن يقول بالله الذي لا إله الا هو الرحمن الرحيم السميع العليم العزيز الحكيم ويحتمل أن يريد بتأكيدها بتكرارها مراراً ولعله كان يعتقد الامر بن جميعا فكان يرى في تأكيدها أن يأخذ ذلك بأرفع الكفارات وهو العتق أو يرفع عن أدنى الكفارات الذي هو الاطعام الى ما هو أرفع وهو الكسوة والاطعام وانما ذلك من عبد الله بن عمر في التأكيده على وجه الاستعجاب والله أعلم وأما كفارة اليمين فانها على التحخير بين الرقبة والاطعام والكسوة فن لم يجد شيئا من ذلك صام والاصل في ذلك قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تعير ر رقبة فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك

﴿ العمل في كفارة الأيمان ﴾
 حبيب بن يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمر أنه كان يقول من حلف
 بيمين فأكدها ثم حنت
 فعليه عتق رقبة أو كسوة
 عشرة مساكين ومن
 حلف بيمين فلم يؤكدها
 ثم حنت فعليه اطعام
 عشرة مساكين لكل
 مسكين مدين حنطة فن
 لم يجد فصيام ثلاثة أيام

كفارة أيمانكم إذا حلفتم (مسئلة) وصفة الرقبة أن تكون مسامة كاملة الرق وتأتحت مسائل
من هذا الباب إلى الظهار (مسئلة) ولأن سلامة الخلقة فان النقص على ضربين نقص من
ظاهر جسمه ونقص من منافعه قال شيوخنا العراقيون انه اذا كان على صفة يمكنه معها التصرف
الكامل والتكسب غالباً فإنه يجزى مثل أن يكون مقطوع الاثملة قال ابن حبيب يجوز الجذع
الخفيف أو الصمم الخفيف أو العرج الخفيف وذهب الضرر وان اسودت ووجه ذلك ما قدمناه
(مسئلة) فأما قطع اليد أو قطع الرجل أو الأشل أو الأعمى أو المقعد أو الأخرس فإنه لا خلاف في
المذهب أنه لا يجزى شيء من ذلك فان كان أراد بالخرس البكم فذهب ابن القاسم إلى أنه لا يجزى
وسياً ذكره بعد هذا وان كان أراد بالخرس تغيير مخارج الحروف فان كان ذلك شديداً يعسر
فهمه غالباً فإنه مؤثر في تصرفه فلذلك منع الاجزاء (مسئلة) ولا يجزى من الامراض من به
جنون مطبق أو جذام أو فالج أو سلس أو رمد أو برص فاحش قال ابن الماجشون في المبسوط لا
يجزى البرص وقال ابن الماجشون في الواضحة الابرص الخفيف قال أشهب أو المريض
الذي ينزع أو المقطوع الابهامين قال القاضي أبو محمد من اليدين والرجلين فهذا كله لا يجزى
لأن هذه معان تمنع التصرف والتكسب وهي من المعاني التي لا يرجى برؤها وأما المريض الذي به
الحصى أو الرمد أو الظفر فإنه يجزى لأن هذه المعاني وان كانت الآن تمنع التصرف والتكسب فإنها
معان يرجى زوالها قال ابن الماجشون في الواضحة يجوز عتق المريض الا الذي ينزع واختلف
قول مالك في الاعرج فقال مرة يجزى وقال مرة لا يجزى ثم رجع إلى أنه ان كان عرجاً خفيفاً
أجزأ وقال أبو حنيفة يجزى أقطع اليد والرجل والدليل على ما نقوله قوله تعالى فتعزير رقبة
واطلاق الاسم يقتضي السلامة ودليلنا من جهة القياس أن هذا نقص يمنع التصرف التام فوجب
أن يمنع الاجزاء كما لو كان مقطوع الرجلين (مسئلة) واختلف في الخصى فقال ابن القاسم لا
يجزى وقال أشهب يجزى وجه القول الاول أنه ناقص الخلقة كالأعور والأشل ووجه
القول الثاني أن هذا نقص لا يؤثر في عمله وتصرفه كالفحج وأيضاً فإنه أعلى ثمن من غيره (مسئلة)
اختلف في أقطع الابهام الواحدة فقال ابن القاسم في المدونة لا يجزى وكذلك قال في المقطوع
الاصبع والاصبعين وقال غيره يجزى مقطوع الاصبع واختلف قول ابن القاسم في ذلك في
المبسوط فقال مرة يجزى مقطوع الاصبع وقال مرة لا يجزى مقطوع الاصبع (مسئلة)
واختلف في الأعور فقال مالك والمصريون يجزى وقال عبد الملك لا يجزى وهو قول مالك في
المبسوط وجه قول مالك أن العين الواحدة تقوم مقام العينين أو قرب ذلك فكان كمن بعينه ضعف
ووجه قول مالك أن نقصه ما يجب به نصف الدية كقطع اليد (مسئلة) واختلف في الأصم فقال مالك
لا يجزى وقال أشهب يجزى وجه قول مالك ما احتج به القاضي أبو محمد من أنه نوع منفعة كاملة يضر
بالعمل ويجب فيها الدية الكاملة كالعَمى ووجه قول أشهب ما قاله القاضي أبو محمد أيضاً من أن
ذهاب السمع لا يضر بالعمل ولا بالتصرف كبير إضرار لان أكثر ما فيه صعوبة فهمه للكلام وذلك
يوصل اليه ما يقوم مقامه من الإشارة ومن يتعذر عليه فهم الكلام لعجمته أو لبلعده فهمه يجزى ففي
مسئلتنا مثله (مسئلة) وأما المقطوع الاذنين فقال ابن القاسم في المدونة لا يجزى قال القاضي
أبو محمد خلافاً لأصحاب الشافعي والدليل على ذلك أن فيهما منفعة وهي حوش الصوت إلى السمع
ودفع الضرر عنه مع ما في ذهابهما من التشويه بالخلق وفي المبسوط عن ابن القاسم ان الجذع

في الأذن يجزى (مسئلة) والبكم يمنع الاجزاء قال ابن القاسم في المبسوط لا يجزى الآخر في شيء من التكفارات وذلك خلاف للشافعي قال القاضي أبو محمد وان كان معه صم فهو آيين لان فقد الكلام يجزى مجرى فقد البصر واليد والرجل لانه يضر بعمله وينقص تصرفه ويضعف فهمه وافهامه (مسئلة) ولا يجوز الذي ذهب جل اسنانه فان ذهب أفلها فانه يجزى قال ابن القاسم في الواححة وتأخرت مسائل من هذا الباب الى الظهار والى العتق وبالله التوفيق (مسئلة) ومن اتباع أئمة فاعتقها عن واجب ثم ظهر بها جل فلا تجزى قاله في العتبية وله أن يرجع بقيمة العيب قال مطرف وابن الماجشون ولا يجزى عتق العبد الأبق الآن بوجود بعد العتق سليما ويعلم انه كان يوم عتقه صحيحا فأما ان كان يومئذ عليلًا ثم صح أو صحيحا ثم اعتل لم يجزه حتى يكون صحيحا في الحالين قال أصبغ وروى أكثره عن ابن القاسم ومعنى ذلك كان يكون المرض مما يمنع الاجزاء وأما ان كان مريضا لا يمنع الاجزاء فانه يجزى وفي هذا اشارة الى انه لا يجزى عتق المريض

(فصل) وقوله فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام يريد من لم يجد شيئا مما ذكره في هذا فانه ينتقل الى الصيام ولا يجزه الصوم مع وسوء رقة أو كسوة أو اطعام وقد روى ابن المواز عن مالك لا يصوم الخائف حتى لا يجد الاقوته ويكون في بلد لا يعطف عليه وروى ابن مزين عن ابن القاسم ان كان له فضل عن قوت يومه أطعم الآن يخاف الجوع وهو في بلد لا يعطف فيه عليه ويعتبر في ذلك أن يجد فضلا عن قوت يومه الذي ذكرنا يعتق فيه رقة كاملة أو يكسو الكسوة التي تجزئه أقل مما يجزى من اطعامهم فان قصر ما عنده عن ذلك فليس بواجب ولا يجزه الصيام ووجه ذلك ان وجود ذلك معتبر بوجود العين التي يخرجها وذلك لا يصح عدمه والثاني أن يجد في ملكه قيمتها بما يلزمه اخراجها فيها وكل ما كان عنده من عين أو عرض يتصرف في ذلك (مسئلة) والاعتبار في ذلك بحال التكفير دون حال اليمين وحال الخنث وان كان حين اليمين معسرا ثم أيسر قبل أن يشرع في التكفير لم يجزه الصيام لانه الآن واجد للعتق أو الاطعام فان تلبس بالصوم ثم أيسر أجزاء أن يتأدى على صومه لانه قد تلبس بالصوم (مسئلة) فان كان موسرا يوم الخنث فترك التكفير حتى أعسر فصام ثم أيسر فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انه يعتق قال ولم أسمع من مالك والمشهور عن مالك انه يجزئه وجه القول الاول عندى الاستحباب والمشهور من قول مالك وأصحابه الاعتبار بحالة التكفير كمن يتمكن من الصلاة في أول الوقت فلم يؤدها حتى مرض فلم يقدر على القيام انه يجزئه أن يصلي جالسا ولا قضاء عليه وان أطاق بعد ذلك القيام (مسئلة) واذا أذن السيد لعبده أن يكفر بالاطعام فصام فهل يجزئه قال ابن حبيب لا يجزئه لانه بالاذن خرج عن أن يكون من أهل الصيام وفي المدونة انه يجزئه وضعف اذن السيد في ذلك ص مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار انه قال أدركت الناس وهم اذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مدام حنطة بالمد الأصغر ورأوا ذلك مجزئا عنهم ش قوله أدركت الناس يحفل أن يريد بالمدينة لانها داره وبها كان علماء الصحابة الذين أدركهم وأشار اليهم بقوله أدركت الناس يعطون في كفارة اليمين بالمد الأصغر يريد مد النبي صلى الله عليه وسلم لانه أصغر من مدهشام وانما عندهم بالحجاز مدان مد النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصغرهما ومدهشام وهو أكبرهما وقد اختلف أصحابنا في مقداره بمد النبي صلى الله عليه وسلم والصحيح انه مدان وسيأتي ذكره في الظهار ان شاء الله تعالى والاطعام في كفارة اليمين بمد مد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا في المدينة لضيق أقوات أهلها واختار أشهب بمصر مدا وثلثا واختار

وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أنه قال أدركت الناس وهم اذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مدام حنطة بالمد الأصغر ورأوا ذلك مجزئا عنهم

ابن وهب مدا ونصف الكل مسكين لسعة الأقوات بها قال ابن المواز ولو أخرج بهامدا أجزأه وقال أبو حنيفة لا يجزئه أن يطعمهم أقل من نصف صاع لكل مسكين من الخنطة والشعير والتمر صاع وان غدهم وعشاهم أجزأه والدليل على ما نقوله قوله تعالى فكفارتهم اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ومحال أن يكون بالمدينة مدان وسط شبع الأهل لاسيما على قول أبي حنيفة أن المدرطلان ودليلنا من جهة القياس أن هذا أكثر من وسط طعام العيال فلم يلزم في الكفارة أصل ذلك ما زاد على المدين (مسئلة) قال ابن المواز وان غدى المساكين وعشاهم الخبز والادام أجزأه قال ابن حبيب حتى يشبعوا ولا يغديهم الخبز ولكن بادام من زيت أولبن أو طنية أو لحم أو بقل قال ابن عباس أعلام اللحم وأوسطه اللبن وأدناه الزيت قال ابن حبيب ولا يجزئه أن يغدى الصغار ويعشهم ولكن أن أعطاهم فليعطهم ما يعطى الكبار ويجزئه أن يعطى الصغير من الطعام المصنوع مثل مايا كل الكبير قال ابن المواز إذا كان فطيا ومعنى ذلك أنه إذا كان يرضع لم يتخذ الطعام المصنوع ولا يتأتى بيعه في الأغلب فكان حكمه أن يدفع اليه خنطة يتأتى له بيعها وانتفاعه بها في غير القوت أو أذخارها إلى أن تضاف إلى مثلها

(فصل) وقوله اعطوا مدا من خنطة نص منه على تجوز اخراج الخنطة في ذلك ولا خلاف في فيه والذي يخرج في ذلك من الطعام ما يقتاتة الناس غالبا ولا يستعمل غالبا إلا على وجه القوت كالقمح والشعير والسلت والدخن والأرز والذرة فأما القمح فن أنخرجه أجزأه لأنه أفضل ما يتقوت وأما الشعير فان كان يأكل الشعير وقوت الناس القمح فان كان ذلك لفقر أجزأه لأنه قوته على الحقيقة وان كان ذلك لبخل وهو يقدر على الخنطة لم يجزئه الا الخنطة حكاه ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك أن بخله لا يخرج عنه أن يكون من أهل التقوت بالخنطة بعدة البلد وحاله التي تحتل ذلك وقال ابن المواز يخرج مميا كل ومما يفرض على مثله وإذا كان يأكل الشعير فليطعم منه ولا يجزئه الذرة الا أن يكون هوأ كله وقال ابن الماجشون في الفطر يخرج من جل عيش البلد فان كانوا يريدون بذلك اذا وافق قوت المخرج قوت البلد فهو وفاق وان أرادوا وان خالف قوت المخرج قوت البلد فهو خلاف والأول أظهر (فرع) فاذا قلنا يخرج شعيرا فقد قال ابن المواز يطعم منه في الكفارة قدر مبلغ شبع القمح (فرع) فان تقوت الخنطة وأهل البلديقتان شعير لم يجزئه أن يخرج الشعير رواه ابن حبيب عن أصبغ (مسئلة) ولا يخرج السويق في الكفارة قاله ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك أنه قد عدل به عن وجه ما يتقوت عليه غالبا كما لو اتخذ منه العصيد (مسئلة) وأما الدقيق فانه يجزى اذا أعطى منه قدر ريعه وكذلك الخبز في الكفارات التي يطعم فيها قاله ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك أنه لم يخرج عن وجه الاقتيات المعتاد ولو أطعم هذا المقدار لأجزأه غير أن ابن حبيب روى عن أصبغ لا يجزئه أن يطعمهم الخبز فقارنا ومعنى ذلك أن لا يستوجب مقدار المد من الخبز وأما اذا أطعمهم بادام فاما يلزمه أن يشبعهم للغداء والعشاء فان استوعبوا ذلك والافقد أجزأه مأكلوا والله أعلم (مسئلة) ولا يخرج التين ولا الطنية وان كان عيش قوم وهذا مبنى على أنه ليس بقوت عنده أو على أنه ليس بقوت معتاد ولا شائع في البلاد وقد استوعبت الكلام في هذا في زكاة الفطر بما يغني عن اعادته ولم أر أصحابنا يفرقون بينهما بل ظاهر مسائلهم يقتضى المساواة والله أعلم ص * قال مالك أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة أنه ان كسا الرجال كساهم ثوبا ثوبا وان كسا النساء

* قال مالك أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة أنه ان كسا الرجال كساهم ثوبا ثوبا وان كسا النساء

كساهن ثوبين ثوبين درعا وخارا وذلك أدنى ما يجزى كلاً في صلاته * ش وهذا كما قال ابن
المكفر عن يمينه أن يختار أن يكفر بالكسوة فإنه إنما يكفر بما يصلي فيه فقال في الرجال ثوباً ثوباً
وذلك يكون على ضربين أحدهما القميص الذي يسترا العورة والجسد وهذا يشمل على فرض
لباس الصلاة وفضله وإن أعطاه إزاراً فقد قال ابن حبيب يعطيه إن شاء قميصاً وإن شاء إزاراً يبلغه
أن يلتحف به مستملاً وهذا على معنى القميص أيضاً وأما الإزار الذي يمكن الاشتغال به ولكن يمكن
أن يتزر به فلم أر فيه لأصحابنا نصاً ولا ظهراً عندي أنه لا يجزى لأنه لا ينطلق عليه اسم كسوة (مسئلة)
وأما المرأة فنص أصحابنا على أنه يكسوها قميصاً وخاراً لأنه لا تجزئها الصلاة بأقل من ذلك (فرع)
ومن النساء الطويلة والقصيرة فيجزي بعضهن من القميص في الصلاة لقصرها ما لا يجزى بعضهن
لطولها والذي عندي أنه إنما يعطى كل واحدة منهن ما يستعورتها في صلاتها (فرع) وإذا
كانت المرأة صغيرة فقد روى عيسى عن ابن القاسم أن كسا صغار الإناث فليعطهن درعا
وخاراً والكفارة واحدة لا ينقص منها لصغير ولا يزداد لكبير روى ابن المواز عن أشهب أنه يعطى
الصبي التي لم تبلغ الصلاة الدرع دون خار فإذا بلغت الصلاة أعطيت الدرع والخار وقال ابن
حبيب يعطى صغار الإناث ما يعطى الرجال قميصاً كبيراً وجه القول الأول أن هذا مال يخرج في
الكفارة يعتبر فيه القدر فوجب أن يكون مقدارا حق الصغير فيه كحق الكبير أصل ذلك الإطعام
وجه القول الثاني أن الكسوة معتبرة بحال من تدفع اليه ولذلك فرق بين الرجل والمرأة ولا يفرق
بينهما في الإطعام وقد يفرق بين المساكين في الإطعام إذا غدا وعشوا فإن كل واحد منهما يأكل
شبعه سواء زاد على المد أو نقص منه (مسئلة) وإن كسا صبياً صغيراً فقد قال ابن حبيب يعطى
كل صغير مثل كسوة الكبير وقاله ابن المواز وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه لم يعجبه
كسوة الأصغر بحال وكان يقول من أخذ منهم بالصلاة فله أن يكسوه قميصاً مما يجزى به فعلى هذا
يعطى الصغير الذي بلغ حد الأمر الذي يبلغ في الصلاة قميصاً يجزى به في الصلاة وهو دون قميص الرجل
فالأظهر عندي أن يكون ذلك حداً أقل ما يعطى من صغر ممن يكسى على هذه المقالة ممن أمر بالصلاة
من الرجال والنساء (مسئلة) وإذا كفر بالكسوة أو الإطعام فاختار أن تكون الكفارة
كلها كسوة أو إطعاماً فإن كسا خمسة وأطعم خمسة فاختلف قول ابن القاسم فيه فقال يجزى به وأظنه
قول مالك وقال لا يجزى به قال أشهب ويضيف إلى ما شاء منها تمام العشرة وجه القول الأول أن
جميع ما أخرجه مصنف إلى المساكين فإذا كان مما يجزى الكفارة منه بانفراد جاز أن يجمع
إلى ما يجزى منه أصله إذا كانت طعاماً كلها أو كسوة كلها وجه القول الثاني أن الكفارة
لا تصح من جنسين كالكسوة والعنق ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يكفر
عن يمينه بإطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد من حنطة وكان يعتق المار إذا وكدا اليمين *
ش قوله رضي الله عنه أنه كان يكفر عن يمينه بإطعام عشرة مساكين وهذا يقتضي اعتبار عشرة
مساكين من أوسط ما تطعمون أهلهم

(فصل) وقوله وكان يعتق المار إذا وكدا يمين يقتضي أن ذلك كان يتكرر وذلك جائز في الخنث
في اليمين والتكفير والأصل في ذلك ما روى عن أبي موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
واني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير
وماروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لأن يبلغ أحدكم بيمينه في أهله أثم له عند الله

كساهن ثوبين ثوبين درعا
وخاراً وذلك أدنى
ما يجزى كلاً في صلاته
* وحدثنى عن مالك عن
نافع عن عبد الله بن عمر
أنه كان يكفر عن يمينه
بإطعام عشرة مساكين
لكل مسكين مد من
حنطة وكان يعتق المار
إذا وكدا اليمين

من أن يعطى كفارته التي افترض الله عليه (مسئلة) فان تكررت الأيمان وتكرر الخنث فيها جازله أن يعتق في بعضها ويكسوف في بعضها الا أنه يكون العتق عن كفارة مفردة وكذلك الكسوة وقد تقدم ذكره فان أطمع في يوم واحد عن كفارتين فأطمع عشرين مسكيناً عن كفارتين أجزاء ما لم ينو أن يكون كل مسكين أعطاه عن كفارتين وكذلك لو أعتق وأطمع وكسا وعليه ثلاث كفارات أجزاء ما لم ينو أن يكون كل شيء من ذلك عن جميع الكفارات لانه اذا لم ينو ذلك لم تنصرف كفارة كل واحدة الا الى يمين ولا يلزمه التعيين أن تكون كل كفارة ليمين معينة بل يجوز أن يكفر واحدة من أيمانه اذا كان عليه أيمان خنث فيها وان لم يعينها (مسئلة) فان أطمع عشرة مساكين مدامداً عن كفارة ثم أعاد عليهم عن كفارة أخرى فقد كره ما لك ذلك فقال لا يفعل الا بعد أيام وقال ابن القاسم ان أطمعهم بعد أيام أجزاء وكذلك ان كساهم بعد ان عروا من الكسوة الأولى انتهى

جامع الأيمان

جامع الأيمان
حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أدرك عمر
ابن الخطاب رضي الله
عنه وهو يسير في ركب
وهو يحلف باييه فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان الله ينهاكم أن
تحلفوا بايكم من كان
حالفاً يحلف بالله أو ليصمت

ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف باييه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم أن تحلفوا بايكم من كان حالفاً يحلف بالله أو ليصمت * ش قوله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم أن تحلفوا بايكم تخصيصاً للنبي بالخلف بالآباء أحد ما لكثرة استعمال العرب له فقصد الى النبي عنه . والثاني انه هو الذي سمع صلى الله عليه وسلم من عمر رضي الله عنه وهو مما لا يجوز فقصد به النبي ثم عم بعد ذلك النبي عن الحلف بغير الله وقصر الحلف عليه تعالى فقال من كان حالفاً يحلف بالله أو ليصمت تغير بين الحلف والصمت وذلك يتضمن المنع من الحلف بغير الله لانه ليس من جملة المباح الذي هو خير فيه بل ما تقدمه عن أن يحلف حالف باييه دليل على أنه لم يرج غير ما خيره من الحلف بالله خاصة في تعداه فلا يتعداه الا الى الصمت وعلى هذا جماعة المسلمين امتثالاً لامر النبي صلى الله عليه وسلم فلا يجوز لاحد أن يحلف بالشمس ولا بالقمر ولا بالجموع ولا بالسما ولا بالأرض ولا بشئ من المخلوقات ومن حلف بذلك فقد أثم ولا شئ عليه وقد روى عن عبد الله بن عباس أنه قال لان أحلف بالله فأثم أحب الى من أن أظاهر وروى عن عبد الله بن مسعود أنه قال لان أحلف بالله كاذباً أحب الى من أن أحلف بغيره * ساد قافان اعترض معترض بما جاء من ذلك في القرآن من قوله تعالى والسما ذات البروج والسما والطارق والشمس وضحاها والليل اذا يغشى وبغير ذلك ففيه قولان أحدهما أن تقدير ذلك ورب السما والطارق والشمس وضحاها والليل اذا يغشى وبغير ذلك ففيه قولان أحدهما أن يقسم بما شاء لانه معبود وقد علمنا النبي صلى الله عليه وسلم ان ذلك محظور علينا فلا يجوز لنا القسم بشئ من ذلك (مسئلة) ومن حلف باللات والعزى أو بالطواغيت فقد أثم ولا كفارة عليه ان حنث وقال أبو حنيفة والثوري عليه كفارة يمين والدليل على ما نقوله ما روى حميد بن عبد الرحمن ابن عوف عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال في يمينه باللات والعزى فليقل لا اله الا الله ومن قال لصاحبه تعال أقامرك فليصدق وما روى أبو قلابة عن ثابت بن الضحاك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على ملة غير الاسلام فهو كفاًل معناه والله أعلم معتقداً لذلك ولذلك أمر من حلف باللات والعزى وأظهر حلفاً ظاهره الكفر أن يعاود بالتبليغ ولفظ

التوحيد الذي ينفي الكفر والظاهر من هذا موجب قوله دون غيره لانه لو وجبت عليه الكفارة لقرن الامر بها بالامر بكلمة التوحيد ص **ع** مالك انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول لا ومقلب القلوب **ع** ش قوله صلى الله عليه وسلم لا ومقلب القلوب على سبيل القسم ويقتضى ذلك انه كان يكثر القسم به ولعله صلى الله عليه وسلم كان يواظب على ذلك تنبيها على ما ينفرذ به تعالى من تقليب القلوب من الرضا بالشئ الى الكراهية ومن العزم على الفعل الى العزم على الترك وفي ذلك معنى آخر وهو انه يجوز الحلف في أسماء الله وأوصافه بغير الله فيجوز أن يحلف الخالف فيقول لا وخالق الخلق وباسط الرزق ومدبر الأمور وقال في الاصبح وجاعل الليل سكنا وما جرى مجرى ذلك ص **ع** مالك عن عثمان بن حفص بن عمر بن خلدة عن ابن شهاب انه بلغه ان أبا لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه قال يا رسول الله أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجورك وأتخلع من مالي صدقة الى الله والى رسوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزئك من ذلك الثلث **ع** ش قوله ان أبا لبابة بن عبد المنذر قال حين تاب الله عليه أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب على وجه المبالغة في الافلاع عن الذنب وترك كل ما كان سببا اليه فقيكون مقامه ببلده أو ماله بها من مال المساكين والمال سبب ذلك الذنب وقد يكون سببه بعده عن النبي صلى الله عليه وسلم حين لم يجاوره فيعطيه وينهاه ويعلمه ولذلك قال وأجورك

(فصل) وقوله وأتخلع من مالي صدقة الى الله ورسوله يريد التقرب بذلك الى الله تعالى والشكر له تعالى على توبته بعد تورطه في الذنب

(فصل) وقوله يجزئك من ذلك الثلث ظاهره انه قد كان التزم الصدقة بجميع ماله ولذلك قال له يجزئك من ذلك الثلث لان هذا اللفظ انما يستعمل فيما يلزم الانسان فيه حكم فيقال له يجزئك من ذلك كذا ولو كان أمر المبلز منه بعد لقال تصدق بثلث مالك وأمسك على نفسك الباقي ليكفيك عن الحاجة الى الناس كما قال سعد بن أبي وقاص قالت يا رسول الله أوصي بمالي كله قال لا قلت بالشرط قال لا قلت بالثلث فقال صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثيرا وكبير وقد اختلف العلماء فبين حلف بصدقة ماله فحنت فقال مالك يجزئك من ذلك الثلث وقال أبو حنيفة يخرج جميعه من الغني والحرث والمأشية دون سائر أمواله وقال ابراهيم النخعي يخرج جميع ماله وان ثبت حديث أبي لبابة فانه يتأول على انه لم يكن أو جبه بعد وان معنى يجزئك من ذلك الثلث انه يجزئك من غاية النهاية فيما يتقرب به الى الله عز وجل فان اخراج الانسان جميع ماله ابتداء ويبقى عالة ممنوع منه والافضل له استبقاء أكثره بقوله تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا وقال تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهذا فيما يفعله الانسان ابتداء فأما ما قد التزمه فانه يلزمه كالطلاق وهو ممنوع من ايقاع الثلاث وانما أبيضته واحدة فان أوقع الثلاث لزمته وجه ما ذهب اليه مالك حديث أبي لبابة يجزئك من ذلك الثلث وظاهره ما قلناه ومن جهة المعنى ان استيعاب المال بالصدقة ممنوع فوجب أن يؤثر هذا المنع في الحصول عنه وان لا يبطل في الجملة لان النقص لا يتناول البعض فوجب رده الى الثلث كالوصية (مسئلة) اذ قلنا انه لا يجب عليه اخراج جميعه فانه يجزئك من ذلك الثلث سواء كان ماله قليلا أو كثيرا وبما قال الزهري وقال ابن وهب ان كان غنيا لزمه أن يخرج ثلث ماله وان كان قليل المال يحجب به اخراج ثلث ماله أجزأه أن يخرج زكاة ماله وان كان فقيرا فكفارة يمين وقال الشافعي عليه على كل حال كفارة

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول لا ومقلب القلوب * وحدثنى عن مالك عن عثمان بن حفص بن عمر بن خلدة عن ابن شهاب أنه بلغه أن أبا لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه قال يا رسول الله أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجورك وأتخلع من مالي صدقة الى الله والى رسوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزئك من ذلك الثلث

بين والدليل على صحة ما نقوله ان هذا التزام لا ذكرفيه لليمين ولا يصرف عن ظاهره للقربة فلم تجب
به كفارة يمين كالموندر صوما أو صلاة (مسئلة) وهذا اذا علق الصدقة على جميع ماله فان علقها على
جزء من جميع ماله فان عليه غرم جميع ذلك الجزء من ماله كقوله الربع أو النصف أو التسعة أعشار
لزمه اخراج ذلك كله ولم يقتصر منه على الثلث وفي النوادر روى عن ابن وهب عن مالك يقتصر
من ذلك على الثلث وجه القول الأول ان حلفه بصدقة ماله قد تناول لفظ المال على وجه عام يحتمل
التخصيص وليس فيه دليل على الاستيعاب غير ما يقتضيه اللفظ واذا علقه بجزء منه فقد علقه على
جزء مخصوص من الجملة فكان ذلك دليلا على أن المراد باللفظ بمنزلة التعيين والتعين أقوى في تعلق
الاحكام به من المطلق ووجه الرواية الثانية انه اخراج مال على وجه يمنع من استيعابه ولا يمنع من
ابعاضه فوجب رده الى الثلث كالوصية (مسئلة) ومن تصدق بشئ معين وهو جميع ماله فالمشهور
من المذهب انه يلزمه اخراج جميعه وفي النوادر عن ابن نافع يجزئه الثلث وجه القول الأول أن
تعلق الاحكام بيمين يقتضى من اختصاصها به ما لا يقتضيه تعليقها بلفظ عام ألا ترى ان من أخبر لقد
رأى بنى زيد كان صادقا اذا رأى بعضهم ولو أراد بقوله ذلك التخصيص واذا قال لم أرهم وأراد بذلك
جميعهم كان صادقا اذا رأى بعضهم وأراد الجميع تعلق الحكم بجميعهم في تعلق الرؤية بجميعهم
ونفيها عنهم واذا عين زيدا اختص هذا الحكم به اختصاصا لا يجوز غيره ولا يحتمل من التخصيص
ما احتمله عدم التغيير فلذلك اذا حلف بصدقة ماله لم يلزمه اخراج جميع ماله لان اللفظ يحتمل الجميع
ويحتمل البعض وان كان في الجميع أظهر واذا عين عبدا أو ثوبا لزمه اخراج جميعه لان ما علق عليه
الحلف معين لا يحتمل التخصيص فلزمه لذلك اخراج جميعه ووجه الرواية الثانية ان الحلف بصدقة
جميع المال يقتضى الرد الى الثلث كما لو حلف بجميع ماله (مسئلة) ومن حلف بصدقة عدد من ماله
مثل أن يحلف بصدقة مائة دينار من ماله لزمه اخراج جميعها وان لم يف بها ماله بقي باقي ذلك في ذمته دينارا
عليه رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه ووجه ذلك ان هذا نوع من التعيين ويجب استيعابه ويجب
على رواية ابن وهب وقول ابن نافع أن يرد في ذلك كله الى ثلث المال ما لا يلزمه سواء والله أعلم (مسئلة)
ومن حلف بصدقة ماله مرة بعد مرة فليس عليه الا ثلث واحد رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه
وهو في كتاب ابن المواز واختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال يخرج عن اليمين الأولى ثلث ماله ثم
يخرج ثلث ما بقي عن اليمين الثانية وبه قال أشهب وجه القول الأول ان اليمين بصدقة المال مبنية
على الرد الى الثلث حتى تسكررت لم يقض الا ثلثا واحدا أصل ذلك الوصية لو صي بثلث ماله أو جميع
ماله مرة بعد مرة لم يلزمه غير ثلث واحد والله أعلم ووجه الرواية الثانية ان كل يمين منها يمين صدقة بمال
فكان لها حكمها كما لو حلف في شئ ليمتدقن على فلان بدينار ثم حلف في شئ آخر ليمتدقن على
فلان بدرهم ثبت حكم اليمين (فرع) فاذا قلنا ليس عليه الا ثلث واحد فقد روى يحيى بن يحيى عن
ابن القاسم انه سواء كانت ايمانه في أوقات مختلفة وايمان مختلفة فحنت فيها كلها أو بعضها في وقت
واحدا وحنت بعد حنت فليس عليه الا ثلث واحد الا ان يخرج ثم يحلف بعد ذلك فحنت فانه يخرج
ثلاثة مرة ثانية فاما ان يحنت ولا يخرج الثلث حتى يحنت مرة أخرى فليس عليه الا ثلث واحد
(مسئلة) ومن حلف بصدقة ماله وماله على مقدارها ثم حنت وقد زاد ماله أو نقص فاما يلزمه الثلث
مما كان بيده يوم اليمين دون النماء قاله مالك سواء زاد ماله بتجارة أو فائدة وروى ابن حبيب الا ان
يزيد بولادة فيخرج ثلث الأولاد مع ثلث الأمهات وجه القول الأول انه انما يلزمه اليمين فيما كان

ملكه يوم الدين فاما ملكه بعد ذلك فلم تتناول له يمينه ووجه الرواية الثانية ان هذا ملك يتعلّق بالأهات قبل الولادة الى حين الولادة فيعلّق بماتلده أصل ذلك تلك الخالف (مسئلة) فان نقص ماله بعد اليمين لم يلزمه الاثنت مابق بيده يوم الحنث قال ابن حبيب ولم يختلفوا في هذا وهذا اذا ذهب ما ذهب منه بأمر من السماء من غير تفريط قال ابن المواز يلزمه ماتلف بسببه ولا يلزمه ماتلف بغير سببه وروى ابن حبيب عن مالك ان ما أنفق منه فهو دين عليه وان ذهب بغير سببه لم يضمن ولا يضر التفريط بعد الحنث وقال سحنون يضمن بالتفريط بعد الحنث وجه قول ابن حبيب انه لا يضره التفريط اذا اخرج الكفارة لين على الفور فتأخيرا خراجها لا يوجب عليه الضمان ووجه قول سحنون يحتمل ان يريد به انها على الفور ولانه جزء مما أوجب عليه اخراجها فلزمه بالتفريط كالزكاة (مسئلة) وأما اذا أنفق بعد الحنث فقد قال مالك لاشئ عليه ولا يتبع به دنيا وقال ابن القاسم يضمن كزكاة فوط فيها حتى ذهب المال بر واه ابن المواز عنها وجه قول أشهب انه غير مطالب بها وان أنفقها للضرورة وحاجة اليها لم يأثم بذلك كما لم يأثم الذي وقع على أهله في رمضان اذ علم النبي صلى الله عليه وسلم بحاجته اليها فأمره أن يطعمها أهله ونحن نتأول في ذلك ان الكفارة باقية في ذمته ووجه قول ابن القاسم انه حق لله تعالى يجب عليه اراحه فان أنفق وجب عليه اراحه أصل ذلك الزكاة (مسئلة) وهذا اذا حلف بصدقة ماتقدم ملكه عليه وأما اذا حلف بصدقة جميع ما يملكه في المستقبل فقد قال مالك لا يلزمه شئ وان حلف بصدقة ما يستفيد في مصر أو غيرها لزمه ذلك بمنزلة الطلاق (فرع) ومن حلف بصدقة ماله لحنث وله عين وورقيق وجوب فليخرج ثلث ذلك كله الا أن ينوي العين خاصة قال أشهب ويخرج ثلث خدمة المذبر والمعتق الى أجل وقال ابن القاسم لاشئ عليه في مديره ولا معتقه الى أجل الا أن يؤجرهم فيخرج ثلث الاجرة وجه قول أشهب ان خدمتهم ماله بدليل انه اذا آجرهم أخرج ثلث الاجرة فلزمه ذلك وان لم يؤجرهم ووجه قول ابن القاسم ان ذلك ليس بمال وانما يصير مالا بالاجازة فهو شئ يستفاد بعد اليمين (فرع) وأما كتابة مكاتبه فقال ابن القاسم يخرج ثلث قيمة الكتابة وان عجز المكاتبون نظر الى قيمة رقابهم فان كانت أكثر من قيمة الكتابة أخرج الفضل * وقال أشهب يخرج ثلث ما يأخذ من المكاتبين وان عجز المكاتب أخرج ثلثه وما يرجع من ذلك بعد موته لم يلزم ورتبه فيه شئ رواه ابن المواز كله عنهما ص * مالك عن أيوب بن موسى عن منصور بن عبد الرحمن الحجبي عن أمه عن عائشة أم المؤمنين انها سئلت عن رجل قال مالي في رتاج الكعبة فقالت عائشة رضي الله عنها يكفره ما يكفر اليمين * ش قوله مالي في رتاج الكعبة الرتاج الباب قاله مالك والخطيم ما بين الباب الى المقام رواه ابن القاسم عن بعض الحجبة وقال ابن حبيب الخطيم ما بين الركن الاسود الى الباب الى المقام وعليه يحطم الناس فن قال مالي في رتاج الكعبة فقد كانت عائشة تقول فيه كفارة يمين فأخذ به مالك ثم رجع الى ان لاشئ عليه وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن حبيب وأرى ان يسأل فان نوى أن يكون ماله للكعبة فليدفع ثلثه الى خزنتها يصرف في مصالحها فان استغنى عنه بما أقام السلطان لها من ذلك تصدق به وان قال لم أنوشأ بذلك ولا أعرف لهذه الكلمة تأويل فلا كفارة يمين أحب الى وسواء كان ذلك في نذر أو يمين وجه القول الاول انه لما كانت يمينه خارجة على وجه البر وكانت متعلقة بما لا منفعة فيه كانت بمنزلة النذر المهم كفارته كفارة يمين ووجه الرواية الثانية وعي المشهورة في المدونة وغيرها ان هذه يمين مفسرة عريت عن اسم

* وحدثني عن مالك عن
أيوب بن موسى عن
منصور بن عبد الرحمن
الحجبي عن أمه عن عائشة
أم المؤمنين رضي الله عنها
انها سئلت عن رجل قال
مالي في رتاج الكعبة
فقالت عائشة يكفره ما
يكفر اليمين

الله وصفاته نطقا ونية وعرفا فلم يحببها كفازة أصل ذلك اذا نذر القيام أو القعود أو الانفاق لغير وجه واحتج مالك في ذلك بان الكعبة لا تنقض ولا ينقض الباب فيجعل مال هذانيه (مسئلة) وهكذا من قال مالي في الكعبة أو في حطيم الكعبة وأما اذا قال أنا أضرب بعالي رتاج الكعبة أو الكعبة أو الحطيم أو الركن الأسود فان عليه الحج والعمرة ولا شيء عليه غير ذلك اذا لم يرد حملان ذلك على عنقه ولو أراد حملانه على عنقه وهو محاربته العادة أن لا يحمله الا راجل فانه يجب عليه المشي الى مكة على نحو ما تقدم ص قال مالك في الذي يقول مالي في سبيل الله ثم يحنت قال يجعل ثلث ماله في سبيل الله وذلك الذي جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمر أبي لبابة رضي الله عنه ش قوله في الذي يقول مالي في سبيل الله فيحنت يجعل ثلث ماله في سبيل الله اما الكلام على الذي يلزم فقد تقدم فيماني عن الزيادة عليه فان امتنع من اخراج ذلك ففي الموازية قال ابن القاسم يحبر على اخراجه بالبركن ذلك على وجه العمين سواء جعل ذلك لمعين أو لغير معين وقال أشهب انما يحبر اذا جعل ذلك لرجل معين فان فعل ذلك للمساكين لم يحبر وجه قول ابن القاسم انه حق لله تعالى تبرع بالزمانه فاجبر على اخراجه كما لو كان لمعين وجه قول أشهب ما احتج به انه حق لغير معين فلا يستحق أحدا المطالبة به وتزانه عليه الزكاة فانها لغير معين ويحبر على اخراجها

قال مالك في الذي يقول
مالي في سبيل الله ثم
يحنت قال يجعل ثلث
ماله في سبيل الله وذلك
الذي جاء عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم في أمر
أبي لبابة

(فصل) وأما قوله في سبيل الله فان هذه اللفظة تتناول كل سبيل يرتفع سبيل البرسبيل الله تعالى ولكن جرى عرف الاستعمال لها في الغزو والجهاد والرباط فاذا أطلقت هذه اللفظة حملت على ذلك وسئل مالك عن قال لشيء من ماله هو في سبيل الله فقال سبيل الله كثيرة وهذا لا يكون الا في الجهاد فليعط في السواحل والثغور قيل له فيعطى في جده فقال لا ولم يرجده مثل سواحل الروم والشام ومصر وذلك انها كانت في وقته تغور الاسلام قيل له انه قد كان في جده خوف فقال انما كان ذلك مرة ولم يكن يرى جده من السواحل التي يربط فيها يعني انها ليست بمكان يخاف لمساكمة من يجاورهم من العدو وامساكهم عن غزوهم وأذا هم (مسئلة) ومن قال لعبده الله على أن أجعلك في سبيل الله فليجعل في سبيل الله وذلك بأن يبيعه ويدفع ثمنه الى من يغزو من موضعه ان وجد فان لم يجد يبعث بثمانه الى الثغور ومواضع الغزو ووجه ذلك ان العبد ليس بما يصرف في سبيل الله فلذلك يبيع وصرف ثمنه ولو كان عبدا يمكن أن ينتفع به في هذا الوجه لكان الوجه أن ينفذه ولا يبيعه (مسئلة) وان كان مائتة أو حلف به فرسا أو سلاحا أنفذه بعينه ان وجد من يقبله منه وأمكن حمله وان تعذر ذلك عليه لبعده المكان وعظم المؤنة في نقله باعه وأنفذ ثمنه يصرف في مثله من الاداة والكراع ومعنى ذلك انه لما كان مائتة يصالح استعماله في الوجه الذي نذره فيه تعلق النذر بعينه ان أمكن ذلك فان تعذر الموضع وتعذر لما ذكرناه لزم يبيعه بثمن يمكن ايصاله ويسهل حمله فاذا وصل حمله نقل الى صفة الاصل لما كانت صفة يمكن استعمالها في هذا الوجه ان أمكن ذلك وبلغ الثمن فان قصر الثمن فبقيا كانت منفعتها أو من جنسها أو ما يقرب منها مثل أن يكون سيفا فيقصير ثمنه عن سيف يشتري به هناك فلا بأس أن يشتري به رجا أو غير ذلك مما يستعمل في الحرب ويبلغ ثمن ما يبيع به والله أعلم

بسم الله الرحمن الرحيم
(كتاب النكاح)
ما جاء في خطبة النساء

الخطبة بكسر الخاء ما يورد من الخطب في استدعاء النكاح والاجابة اليه وهو في غير ذلك الخطبة يصم الخاء قال أبو اسحق الزجاج الخطبة فياله أول ير يد والله أعلم أن الخطبة بكسر الخاء ما يجري من المراجعة والمحاولة للنكاح لانه أمر غير مقدر ولا يتعين له أول ولا آخر لان هذا اللفظ قد يستعمل في كل ما يستدعي به النكاح من القول وان لم يكن مؤلفا على نظم الخطب فيقال فلان يخطب فلانة اذا استدعي نكاحها وان لم يوجد منه لفظ يسمى خطبة ويدل على ما ذهب اليه أبو اسحق الزجاج قوله صلى الله عليه وسلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولم يعن بالخطبة الكلام المؤلف الذي يثوق به عند انعقاد النكاح وانما أراد ما تراجعه به القول عند محاولة ذلك ومراوضته والخطبة في استدعاء النكاح مشروعة قال مالك في كتاب محمد بن يحيى مستعبة وهي من الأمر القديم وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء وقال داود هي واجبة والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور حديث سهل بن سعد الذي يأتي بعده ان شاء الله تعالى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للنبي لم يجد خاتما من خدي قد ملكتها بما معك من القرآن ص مالك عن محمد بن يحيى بن حبان عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما روى والله أعلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه * قال مالك وتفسير قول المرأة فتركن اليه ويتفقان على صداق واحد معلوم وقد تراضيا فهي تشتري عليه لنفسها فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه ولم يعن بذلك اذا خطب الرجل المرأة ولم يوافقها أمره ولم تركز اليه أن لا يخطبها أحد فهذا باب فساد يدخل على الناس * ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه نهى أن يخطب امرأة قد خطبها أخوه المسلم ورضيت به ووافقتة على صداق معلوم وكذلك روى عن ابن نافع ان له أن يخطب مالم يتفق على صداق معلوم على رواية الموطأ وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون ان المرأة اذا أظهرت الرضا بالرجل فنهى غيره عن أن يخطب تلك المرأة وان لم يتفق على صداق وجه قول ابن نافع ان الموافقة لم تكمل بعد وانما تكمل بالتفويض أو بفرض الصداق وذلك ان كثرة الصداق قد ترغبا فبين ترهده فيه كما أن قلته قد ترهدها فبين ترغب فيه وهو عوض بضعها ومعظم ما ينله زوجها وجه قول ابن القاسم ما احتج به ابن حبيب من أن ذكر الصداق ليس بشرط في صحة النكاح لانه قد ينقضي من غير تسميته في نكاح التفويض (مسئلة) اذا ثبت ذلك ووجد ما ذكرناه من الموافقة واظهار الرضا فقد منع غير ذلك الرجل من خطبتها وان لم يوجد الايجاب بعينه وهذا مع تكافؤ حالتي الرجلين في الدين فأما اذا كان الاول غير مرضي الدين وكان الثاني مرضيا فقد قال ابن القاسم اني لا أرى على من دخل في مثل هذا شيئا ولا أرى الحديث الا في الرجلين المتقاربين وأما صالح وفاق فلا (مسئلة) ومن خطب على خطبة أخيه فقد روى سحنون عن ابن القاسم في العتبية يؤدب وان عقد على ذلك فهل يفسخ نكاحه أو لا روى سحنون عن ابن القاسم

بسم الله الرحمن الرحيم
(كتاب النكاح)
ما جاء في الخطبة
* حدثني يحيى عن مالك
عن محمد بن يحيى بن حبان
عن الأعرج عن أبي
هريرة أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لا
يخطب أحدكم على خطبة
أخيه * وحدثني عن
مالك عن نافع عن عبد
الله بن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال
لا يخطب أحدكم على
خطبة أخيه قال مالك
وتفسير قول رسول الله
صلى الله عليه وسلم فيما
نرى والله أعلم لا يخطب
أحدكم على خطبة أخيه
أن يخطب الرجل المرأة
فتركن اليه ويتفقان
على صداق واحد معلوم
وقد تراضيا فهي تشتري
عليه لنفسها فتلك التي
نهى أن يخطبها الرجل على
خطبة أخيه ولم يعن بذلك
اذا خطب الرجل المرأة
فلم يوافقها أمره ولم تركز
اليه أن لا يخطبها أحد
فهذا باب فساد يدخل
على الناس

لا يفسخ وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يفسخ قبل البناء ولا بعده و به قال أبو حنيفة والشافعي وروى ابن حبيب عن ابن نافع يفسخ قبل البناء و بعده وروى ابن مزين عن ابن نافع يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعده وقال القاضي أبو محمدان الظاهر من المذهب الفسخ ودليلنا عليه نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ووجه القول الاول ان النهي انما يتعلق بالخطبة دون النكاح فلم يقتض فساد عقد النكاح (فرع) فاذا قلنا لا يفسخ فقد روى العتيبي عن عيسى عن ابن وهب انه يستعقب لهذا العاقد أن يتوب من فعله ويعرضها على الخطيب أولا فان حله رجوت له في ذلك مخرجان أبي فليغار قها فان نكحها الاول والا فلهذا أن يأتني معها نكاحا قال عيسى وقال ابن القاسم ان لم يحله فليستغفر الله تعالى ولا شيء عليه وجه قول ابن وهب أن العقد وقع على وجه الكراهية لم يفسخ آدمي يستعقب أن يخرج له عنه ان لم يحله منه فان أسقط حقه عرا عن الكراهية وان أبي فلا يمكنه الخروج منه الا بالفراق فان نكحها الاول والا فهذا الثاني أحد الخطابين ووجه قول ابن القاسم أن فراقها ياله معنى له لأنه لم يثبت بعد وكان للمرأة أن تمتنع من نكاح الاول حين خطبة الثاني ولكن يستغفر الله تعالى لخالفته نهى النبي صلى الله عليه وسلم (فصل) وقوله ولم يمن بذلك اذا خطب الرجل امرأته فلم يوافقها يعني انها لم تبلغ المبلغ الذي تقدم قبل هذا فيما يمنع الخطبة ولم يوافقها وأظهرت وده فلم يمنه عن هذه أن يخطبها سواء قال مالك فهذا باب فساد يدخل على الناس يريد والله أعلم أن مضره هذا كانت نعم وتشيع لأنه كان يخطب المرأة من لا ترضاه ولا تريد بل ترده فاذا امتنع على الناس خطبتها والتعرض لها بذلك فقد قصرت على الاول الذي كرهته وعلى الرضا بما بذله لها مما ليس بمهر لها وهذا مما يعظم فساد ص مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه كان يقول في قول الله تبارك وتعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو كنتم في أنفسكم أن يقول الرجل للمرأة وهي في عدها من وفاة زوجها انك على لكرمة واني فيك لراغب وان الله لسائق اليك خيرا ورزقا ونحو هذا من القول ش ماذ كر من قول الرجل للمرأة اني فيك لراغب واني عليك لخير يص تعريض بالنكاح وهو الذي أباحه الباري تعالى بقوله ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء وقد قال صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس فاذا احللت فاذنني وفي غير الموطن أفلا تفوتين بنفسك قال القاضي أبو اسحق في أحكامه وانما يعرض المعرض بالخطبة ليفهم مراده كالتجاوب ينسب التعريض الى الرجل خاصة ولو أن المعرض بالنكاح اقتضى الجواب وبين أنه يريد المواعدة ثم أجابه الذي روجه بتعريض يفهم منه الاجابة لكره ذلك ويدخل في باب المواعدة (مسئلة) ولا بأس أن يهدي اليها الهدية فيما رواه ابن حبيب عن مالك قال ولا أحب أن يفتي به الامن تحجزه التقوى عما وراءه ووجه ذلك أنه ليس في الهدية نصريح بالنكاح ولا مواعدة وانما فيه اظهار المودة كقوله اني فيك لراغب واني عليك لخير يص قال ابن حبيب ولا يجوز أن يواعد وليها بغير علمها وان كانت تملك أمرها قال وقد سئل عنه عطاء فنهى عنه ووجه ذلك أن بيده عقدة النكاح وهو القائم به من جهة المرأة فلا يجوز أن يواعد بالنكاح كما لا يجوز أن يواعد به المرأة قال يحيى بن مزين والعدنان في ذلك سواء عدة الوفاة وعدة الطلاق قال وسألت عيسى عن الاطلاع للنظر فقال قد جاءت فيه رخصة وكان مالك لا يراه خوفا من أن يطلع على عورة ولا بأس أن يستأذن عليها فدخل والله أعلم وروى محمد بن يحيى عن مالك في المدينة لا بأس أن ينظر اليها وعليها ثيابها وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك

وحدثني عن مالك عن عبد
الرحمن بن القاسم عن أبيه
أنه كان يقول في قول الله
تبارك وتعالى ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من
خطبة النساء أو كنتم
في أنفسكم أن يقول الرجل
للرأة وهي في عدها من
وفاة زوجها انك على
لكرمة واني فيك لراغب
وان الله لسائق اليك
خيرا ورزقا ونحو هذا من
القول

لا يعجبني ذلك ويحتمل أن يريد في رواية محمد بن يحيى أن ينظر إليها مفتقلا لها إذا علم أن عليها نياها وأن ذلك الذي منع في رواية ابن القاسم ويحتمل أن يكون أراد في رواية محمد بن يحيى أن ينظر إليها بعد إعلامها وأن ذلك غير مانع من القاسم والله أعلم

﴿ استئذان البكر والأيم في أنفسهما ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صاتها ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم الأيم أحق بنفسها من وليها الأيم هي التي لا زوج لها وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد عن عبد الله بن الفضل قال الثيب أحق بنفسها من وليها وهو قريب من الأول إلا أن لفظ الأيم لا يستعمل إلا في التي لا زوج لها قط فلا ينطلق عليها اللفظ وقال القاضي أبو اسحق إن الأيم هي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا بالغا كانت أو غير بالغ فيخص من ذلك البكر ذات الأب ويحمله على الثيب وعلى البكر اليتيمة وما تقدم أظهر من جهة عرف الاستعمال ومع ذلك فيحصل اللفظ على عمومته دون تخصيص ورواية زياد بن سعد تؤيد ذلك والله أعلم ومعنى كونها أحق بنفسها من وليها أنه ليس له إجبارها على النكاح ولا نكاحها بغير إذنها وانما له أن يزوجهها بإذنها ممن ترضاه وليس لها هي أن تعقد على نفسها نكاحا ولا تبشره ولأن تضع نفسها عند غير كفء ولأن تولى ذلك غير وليها فليكل واحد منهما حق في عقد النكاح ووجه كونها أحق به أنها إن كرهت النكاح لم تعقد بوجهه وإن كرهه الولي ورغبته الأيم عرض على الولي العقد فإن أبي عقده غيره من الأولياء أو السلاطان فهذا وجه كونها أحق به من وليها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والبكر تستأذن في نفسها قال ابن القاسم وابن وهب وعلى بن زياد عن مالك في المدونة يزيد البكر التي لأب لها أنها هي التي تستأذن وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد فقال فيه والبكر يستأذنها أبوها وصواب هذا الحديث ما رواه مالك وقد تابعه عليه سفيان الثوري وكل واحد منهما إمام إذا انفرد قوله غلب قوله على قول زياد بن سعد فكيف إذا اتفقا على خلافه وقد رواه صالح بن كيسان عن عبد الله بن الفضل فقال فيه واليتيمة تستأمر وهو أثبت من زياد بن سعد وقوله أيضا أولى من جهة النظر ولعل عبد الله بن الفضل لعلمه بالمراد به كان مرة يقول والبكر تستأذن ومرة يقول واليتيمة تستأمر وقد روى هذا الحديث شعبة عن مالك فقال فيه واليتيمة تستأمر ووجه آخر وهو أنه قد روى عن زياد بن سعد والبكر تستأذن بمثل رواية مالك ووجه لثبوتها ولو سلمنا صحة رواية زياد لمجئنا على البكر المعنس ويجوز أن يجعل على الاستئذان المندوب إليه (مسألة) إذا ثبت ذلك فالذي تستأذن هي البكر البالغ قاله صنعون في المدونة لأن غير البالغ لا إذن لها فالنكاح على ثلاثة أضرب بكر بالغ تنكح وتستأذن وهي التي ذكرناه تزوجهها وصيها أو وليها وبكر لا تنكح ولا تستأذن وهي اليتيمة التي لم تبلغ المحيض فإن اليتيمة لا تزوج إلا بإذنها والتي لم تبلغ لا يصح إذنها فلا يصح نكاحها وهذا في ذات القدر قال ابن حبيب ليس لوصي ولا لولي أنكاح صغيرة حتى تبلغ فإن فعل فسبح ذلك أبدا وإن طال وكان الولد ورضيت بذلك قاله مالك وأصحابه وقال ابن القاسم في الموازية يفسخ الأب أن يتقدم بعد البناء فيضي وقال أصبغ حتى يتقدم وتلد الأولاد ولم ير التلاد عشرة أشهر طولا لمع

﴿ استئذان البكر والأيم في أنفسهما ﴾

• حدثني مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صاتها

(مسئلة) الولد (مسئلة) وأما المحتاجة في العتية عن مالك لا زوج حتى تبلغ الحيض وروى عنه في بنت
عشر سنين تطوف وتشتل الناس زوجت في غنى برضاها وولت أمرها رجلا فاجازه مالك ولم يجزه
في الصغيرة قال سحنون في العتية وهي رواية ضعيفة

(فصل) وبكر تنكح ولا تستأذن وهي البكر ذات الأب فان الأب يجبرها على النكاح دون اذنها
وان استأذنها فحسن قال ابن حبيب يستحب للاب مؤامرة البكر ويذكر لها الزوج ويختبر من
الأم ومن غيرها رضاها أو كراهيتها وروى أشهب عن مالك ان شاورها فحسن وله أن لا يفعل
(مسئلة) وحدها البلوغ المعتبر في ذلك عنه مالك المحيض قال ابن حبيب أو بلوغ ثمان عشرة سنة
فتكون كالبالغ واختلف في الابيات فقال ابن القاسم في المحتاجة ان أنبت أو شارفت زوجها
الوصي أو الوالي برضاها وقاله أصبغ مرة وقال مرة بل حتى تبلغ ويفسخ قبل ذلك قال ابن حبيب
يفسخ قبل البناء بعده وان أنبت قال محمد لا يفسخ اذا أنبت

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم واذنها صامتها خض صلى الله عليه وسلم البكر بهذا الحكم لما
يغلب عليها من الحياة ولما جبل عليه أكثرهن من الامتناع عن النطق بذلك فعلى هذا لا تشتل اليتيمة
قطعا بالرضا روى محمد وغيره عن مالك وحكى الاسفرائني ان ذلك على وجهين عندهم أحدهما ان
ذلك في ذات الأب والجدا وأما اليتيمة فانها لا بد لها من النطق بالرضا والدليل على ما نقوله ما روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا
يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فوجه الدليل من الحديث انه قال ولا تنكح البكر حتى
تستأذن والتي لا تنكح حتى تستأذن من الأبكار هي اليتيمة (مسئلة) وصيات البكر يقتضى
رضاها كالأقرب به في رواية ابن القاسم عن مالك وفي المدونة وقال غيره من رواية مالك وذلك اذا
كانت تعلم ان السكوت رضا وظاهر هذا يقتضى انه شرط في ذلك غير ان أكثر أصحابنا ولو اذلك
على وجه الاستعجاب وقد استحب مالك من رواية ابن الماجشون ان تعلم البكر ان اذنها صامتها لثلا
تجعل ذلك فتصمت في الكراهية قال الشيخ أبو اسحق يقال لها ذلك ثلاث مرات ان رضيت فاصمتي
وان كرهت فانطقي وقال القاضي أبو محمد في معونته وليس ذلك بشرط في حجة الاذن قال عبد الملك
في كتاب ابن القرطبي ويطاؤا القيام عندها قليلا ومعنى ذلك أن لا تبت وتنجل في دخولهم عليها
فيمنعها من المسارعة الى الانكار في طال المقام عندها قليلا لتستدرك ما يريد وأما البكر التي لأب
لها رزقها ولها بغير اذنها فيبلغها فتسكت قال ابن القاسم في المدونة لا يكون سكوتها رضا ووجه
ذلك عندي ان رضاها في هذه الحال بمنزلة الاذن لوليها في انكاحها وذلك لا يكون الا بالنطق
(مسئلة) قال الشيخ أبو اسحق ان قالت لا لم يعقد عليها وان قالت قد رضيت جاز ذلك قاله القاضي
أبو محمد وروى محمد عن مالك ان انكارها بالقول دون الصمت وقال الشيخ أبو القاسم انها ان نفرت
أو بكت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على كراهية النكاح فلا تنكح مع ذلك ص مالك انه بلغه
عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذى الرأى من أهلها
أو السلطان ش قوله رضى الله عنه لا تنكح المرأة الا باذن وليها الحديث بمقتضى معنيين أحدهما
أن لا تنكح نفسها والثاني أن لا ينكحها من الناس من ليس بولي لها وكلا الوجهين عندنا ممنوع
قال ابن حبيب في واخته ولا يجوز نكاح امرأة بكر كانت أو شابة كانت أو عجوز أغنية كانت أو
فقيرة شريفة كانت أو وضيعة الا بولي يعقد نكاحها فان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له فأما

وحدثني عن مالك انه
بلغه عن سعيد بن المسيب
انه قال قال عمر بن الخطاب
لا تنكح المرأة الا باذن
وليها أو ذى الرأى من أهلها
أو السلطان

قولنا انها لا تنكح نفسها فهو قولنا وقول الشافعي وقال أبو حنيفة تعقد المرأة نكاحها وتكون وليا
 لغيرها اذا كانت عاقلة رشيدة والدليل على ما نقوله قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا
 تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف فلنا من الآية دليلان الظاهر والسبب
 فاما الظاهر فانه تعالى نهى الأولياء عن منع النساء النكاح عند بلوغ الأجل فاولا ان الولاية للرجل
 في العقد لما صح العزل والمنع من النكاح كما لا يصح منعهن من التصرف في أموالهن وأما السبب
 فهو ما رواه البخاري حدثنا أحمد بن أبي عمر حدثني أبي حدثني ابراهيم عن يونس عن الحسن فلا
 تعضلوهن قال حدثني معقل بن يسار زلت فيه قال زوجت أختي لرجل فطلقها حتى اذا انقضت
 عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وقدمتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لأوالها لا تعود
 اليك أبدا وكان رجلا لأبأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأزل الله تعالى الآية فلا تعضلوهن
 قلت الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها اياه والرجل المذکور هو (١) فثبت بهذا الحديث ان العزل
 هو أن يمنع من انكاحها فيكون ذلك منعها من النكاح والامتنع المرأة وهي تريد زوجها الى
 انكاح معقل لها كما لم يكن يحتاج اليه فيما تريد من بيع أو شراء ودليلنا من جهة السنة ما رواه سليمان
 ابن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت
 بغير إذن مولها فنكاحها باطل ثلاث مرات فان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها وان تشاجرا
 فالسلطان ولي من لا ولي له ودليلنا من جهة القياس ان المرأة ناقصة من جهة الأنوثة فوجب أن
 لا ينفذ منها عقد النكاح أصله الصغيرة والأمة (مسئلة) اذا ثبت انه لا نكاح الا بولي فالولاية
 على ضربين خاصة وعامة فالخاصة على قسمين ولاية نسب وولاية حكم فأما ولاية النسب فهي لكل
 عاصب للمرأة كالابن والأب والأخ وابن الأخ والجد والعلم وابن العلم قرب أو بعد اذا كان له تعصيب وكل
 من له عليها ولاء من الرجال قال القاضي أبو محمد والمولى من العصبة وقال الشيخ أبو القاسم في
 تفريعه والمولى من أسفل يعقد وان لم يكن له تعصيب (فرع) اذا ثبت ذلك فالولاية الخاصة
 بالنسب على نوعين قرابة قرربة وقرابة ليست بقرربة فالقرابة القريبة كالابن وبنه والأب وآبائه
 والاخوة وبنهم والأعمام وبنهم ذرية وأولاهم بذلك في المشهور من قول مالك الابن ثم الأب
 ووجدت في بعض الكتب عن المدنيين عن مالك ان الأب أولى من الابن وهذا أحد أقوال أبي حنيفة
 وجه القول الأول أن الابن أقوى تعصبا بدليل انه أحق من الأب بالولاء الذي يستفاد بالتعصيب
 وبدليل انه اذا اجتمع تعصبا بطل تعصيب الأب وجه القول الثاني ان الابن لا ينتسب اليه
 ولا ينتسب ان الى شخص والأب ينتسب اليه بدليل ان الجد أحق بالميراث من الاخوة (فرع) فاذا
 قلنا بالمشهور من المذهب فالابن وابن الابن وان أسفل أحق من الأب ثم الأب ثم الاخوة للأب والأم
 ثم الاخوة للأب هذا المشهور من المذهب وروى عن المغيرة انه قال الجد أولى من الاخوة وهو
 على نحو ما تقدم ثم بعد الاخوة على قول مالك الجد ثم العم ثم ابن العم فان لم يكن عصبة فالمولى من
 فوق رواه ابن حبيب عن مالك (مسئلة) فان تساوا وفي القعد فقد قال ابن حبيب عن مالك
 ذلك الى أفضلهم وان تساوا وفي الفضل فالى أسنهم فان تساوا وفي ذلك فالى جميعهم يجتمعون
 فيعقدون عليها وروى ابن القاسم عن مالك انهم اذا اختلفوا وهم في القعد سواء رفع ذلك الى
 السلطان فينظر فيه قال بعض القرويين يريد أن الوليين اذا استويا فن رضيت هي أن يعقد عليها
 كان ذلك له دون السلطان وهذا الذي قاله فيه نظر لانه انما قال ان اختلفوا وهم في القعد سواء

(١) ينظر اسم الرجل في
 محله من كتب السنة

نظر السلطان ولم يقل خيزت المرأة وإنما يكون ذلك إذا أنفذ العقد باختيار المرأة فليس لغیره من الأولياء الاعتراض ولو كان أقرب من العاقد وأما إن منع من ذلك قبل العقد فإن السلطان ينظر فيه وقدر روى ابن حبيب عن مالك أن سبق أحدهم فقدم مضى استووا في الفضل أو اختلفوا وقال مع ذلك ولا يجوز للمرأة أن تستخلف على نفسها وليا ولا غيره لأن الولي قد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حقه حين قال لا نكاح إلا بولي وإنما إلى المرأة الرضا بالزوج والمهر وهذا القول مخالف لظاهر ما في المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك وقول ابن حبيب مبنى على أنه حق للولي على ما رواه ابن المواز في كتابه فليس للمرأة منعه منه وما في المدونة مبنى على أنه حق للمرأة فلها أن تخص به من شاءت من أولياءها بحق النظر لها ولا يتخلو مع ذلك أن يكون فيه حق لجماعة الأولياء (فرع) فإن عقد الأبعد مع وجود الأقرب في المدونة أنه ينفذ وروى أبو يزيد في ثمانية عن ابن الماجشون أنه إن زوجها الأب دون الابن أو زوجها الأخ دون الأب أنه يفسخ ما لم يدخل بها فإن دخل بها لم يفسخ وهذا مبنى على ما تقدم (مسئلة) وأما النوع الثاني من القرابة وهي التي ليست بقريبة فقد قال مالك في المدونة ذو الرأي من أهلها هو الرجل من العشيرة أو ابن العم أو المولى وروى ابن نافع عن مالك أنه الأول من عصبتها وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن العشيرة قد تعظم فأنما هو الرجل من البطن التي هي منه أو من بطن من أعنته إلا أن البطن ألصق من العشيرة (مسئلة) إذا ثبت ذلك فقد روى ابن حبيب في واخته عن مالك أن الأولياء إذا تابعتوا ووجدوا مثل ابن عم غير ذرية والمولى فذلك فيهم أسهل لأبأس أن يلي ذلك منهم ذو الحال والسن وإن كان غيره أقرب منه ووجه ذلك أن القرابات إذا تابعت حتى يضعف التعصيب وسبب الغيرة ولحق العار وجب أن يراعى فيه الصلاح والدين والحال المانعة من الرضا بالذنيات وترك المبالغة في النصح (فرع) وإن عقد الأبعد مع وجود الأقرب في المدونة أن ذلك جائز نافذ وأكثر ما رواه يقولون لا يزوجه ولي ثم أولى منه حاضر فإن فعل نظر السلطان في ذلك وقال آخرون للأب أن يرد أو يجيز الأن يطيل مكثها وتلد منها أولادا قال ابن حبيب عن مالك وذلك ما لم يكن الولي الأقرب حاضرا يصلح أن غيره عقد على وليته فإن ذلك يحمل منه على الرضا

(فصل) وقوله أو السلطان يريد والله أعلم من له حكم من إمام أو قاض فإنه يزوجه مع عدم الولي وأما مع الولي فقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال ليس للسلطان أن يزوجه امرأه أو فعت أمرها إليه وسأله أن يزوجه حتى يسأل أهلها ولي أم لا فإن ثبت عنده بأهل العدل من أهل المعرفة بها من جيرانها أو غيرهم أنه لا ولي لها يزوجه وإن كان لها ولي لم يزوجه حتى يدعوا وليها فإن أبى من أن يكاحها سأله عن وجه امتناعه فإن استصوب ما قال ردّها إلى رأيها وإن رأى غير ذلك أمره بأن يكاحها فإن أبى زوجها (فرع) ولو بدر السلطان أو ذو الرأي من أهلها فأنكحها أحدهما مع حضرة الولي لا العقد في المدونة عن المرأة يزوجه القاضي من نفسه ولها ولي أن ليس للولي في ذلك رأي ولم ير له فسخ وقال إن الحديث الذي جاء عن عمر بن الخطاب أنه قال لا ينكح المرأة إلا وليها أو ذو الرأي من أهلها أو السلطان فهذا سلطان وليس معنى ذلك أنه إنما يزوجه السلطان إذا لم يكن لها ولي وإنما جعل عمر النكاح بينهم في هذا الحديث وقال إن الرجل من العشيرة أو الولي يزوجه المرأة العربية فإنه يجوز أن يكاحه وإن كان ثم من هو أقدم منه وقد حكى ابن حبيب عن ابن القاسم أنه تأول في قول عمر لا تنكح المرأة إلا بوليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان إنما ذلك على المساواة قال

عبد الملك ولو كان ذلك كذلك لكان قول مالك وأصحابه مردودا حين قدموا الاقعد على الأبعد
وانما معنى ذلك اذا لم يكن لها ولي من ولاية القرابة والرحم فتدور الرأى من أهلها أو السلطان عند ذلك
بمثابة الولي (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فان السلطان يقدم على ذى الرأى من أهلها
فان عقد النكاح ذو الرأى مضى ولم يرد رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون (مسألة) وأما
الولاية العامة فهي ولاية الاسلام والأصل في ذلك قوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء
بعض فان عقد النكاح أجنبى مؤمن فلا تخلو المرأة أن يكون لها ولي من قرابتها وعصبها أولا يكون
لها ولي حاضر غير الخاكم وان كان لها ولي حاضر فلا يخالو أن يملك الاجبار كالأب والسيد أو
لا يملكه فان كان ممن يملكه فسخ النكاح على كل حال وليس للأب ولا للسيد اجازته وقد حكى
القاضى أبو محمد ان فى السيد وايتين (فرع) فان كان ولها لا يملك الاجبار كالأب فى الثيب
وسائر العصبه فى البكر والتيب فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان اجازة الولي قبل البناء أو بعده
جاز وان رده قبل البناء أو بعده ردة ما لم يطل ويكون صوابا وقد توقف مالك فى الجواز عنه اذا
اجازة الولي بالقرب وقال ابن نافع وعلى بن زياد لا يجوز وان اجازة الولي وقال القاضى أبو محمد ان
زوجها الأجنبى مع القدرة على ولي بالنسب والخالكم ففيها روايتان احدهما ان ذلك غير جائز
والثانية ان النكاح ماض اذا تزوجت كفوا وجه الرواية الأولى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال فان اشجعروا فالسلطان ولي من لا ولي له ومن جهة المعنى أن اباحة ذلك مسقط لولاية الأولياء
فوجب أن يمنع كولو عقدت المرأة على نفسها ووجه الرواية الثانية قوله تبارك وتعالى والمؤمنون
والمؤمنات بعضهم أولياء بعض فأثبت الولاية بالايان ودليلنا من جهة المعنى ان هذه ولاية ثابتة
بالشرع فجاز أن يثبت بها عقد النكاح كالنسب والخالكم (فرع) فاذا قلنا لا يجوز ذلك فى
ذات الحال فهل يجوز ذلك فى الدنية قال القاضى أبو محمد فى ذلك أيضا روايتان والأظهر أن
النكاح جائز وجه رواية المنع ان هذه ذات ولي بنسب أو خاكم فلم يكن للأجنبى عقد نكاحها
كذات الحال ووجه رواية الاجازة ان الدنية يتعذر عليها رفع أمرها الى الخاكم فلو كلفت ذلك
لاضر بها وتعذر نكاحها (مسألة) وأما اذا لم يكن لها ولي بنسب فى الموازية من رواية
أشهب عن مالك فى المدينة تولى رجلا نكحها نهى عن ذلك وقال اذا عمل به ضاعت الفروج
وروى ابن وهب عن مالك فى المرأة لا ولي لها أو تكون فى البداية يجوز لها ذلك اذا لم تضع نفسها
فى دناءة وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها الى السلطان وروى ابن القاسم فى الواضحة فى الدنية
ليس لها ولي بقرابة ولا ولاية يجوز أن يزوجهما الأجنبى دون الامام وأبكر ابن الماجشون رواية
ابن القاسم وقال انما قال ذلك مالك فى الأعجمية تعمدا للرجل فىل منها ما يلى من مولاه لا بأس أن
يعقد نكاحها باذنها اذا لم يكن لها ولي وأما ذات الحال والنسب فلا (فرع) فاذا قلنا بالمنع
فزوجها أجنبى فقد قال ابن القاسم فى الموازية للولي والسلطان فسخ ذلك وكتب مالك الى ابن غاتم
اذا تزوجهما الأجنبى وأولياؤها غيب فرفع الى السلطان لا ينتظر فيه الا أن يقدم الولي فيطلب
الفسخ فيفسخ الا فيما تطاول مع الولادة وأما التى لا خطب لها وليست من العرب فلا يفسخ وان
قرب فأما القول الأول فجنى على المساواة بين الولي والسلطان فى استحقاق عقد النكاح وأما
القول الثانى فجنى على تقديم الولي (فرع) فان ظهر على ذلك قبل البناء فلا عقوبة عليهما
اذا كان النكاح مشهورا وان بنى عوقبا جميعا ومن تولى العقد ومن علم من الشهود والفسخ بطلقة

بأنه ووجه ذلك انه اذا فسخ قبل البناء فلم يوجد غير العقد بالقول وأما اذا فسخ بعد البناء فقد وجد
 منهما التسبب الى انتهاك حرمة البضع والقصد الى استباحته من غير اذن الولي
 (فصل) اذا ثبت أن هذا حكم الولاية الخاصة والعامة فهنا معان تمنع من عقد النكاح بها • ويبطل
 معنى الولاية ستة معان الصغر والجنون والسفه الموجب للحجر أو المقترب بالحجر على اختلاف
 أصحها بنافي ذلك والأنوثة والرق والكفر فأما الصغر والجنون فلعدم التكليف وأما السفه ففي
 الموازنة عن ابن القاسم زوج السفية ابنته وليس له ذلك الا باذن وليه وقال ابن وهب ولي السفية
 أولى بالنكاح بناته وامانه ولا أمر له فبين وان كان يستحب حضوره فلا تضر غيبته وقال أشهب
 بزوجهما وليها اذا كان ذارأي أي اذا لم يول عليه وان كان سفيا وهو نحو قول ابن وهب فالخلاف بين
 ابن القاسم وابن وهب يتقدر في أن السفية أولى بالعقد عند ابن القاسم والولي أولى به عند ابن وهب
 وجه قول ابن القاسم ان الولاية عليه انما هي في ماله وأما اذا كان معه من الميز ما يأنف به من وضع
 وليته عند غير كفؤ فهو أولى بالعقد لأن يكون من الضعف بحيث لا يظن به مثل هذا ويكون
 حضوره فيه كغيبه فقد قال ابن القاسم لا يعقد وانما اعتبر مع ذلك ابن القاسم اذن الولي لثلاثي خلوص
 تسديده ووجه قول ابن وهب ان ذلك في السيد المحجور عليه لان الحجر عليه ينافي عقده وأما اذا
 لم يكن محجورا عليه فنكاحه ماض وان كان فعله صوابا يشير الى اعتبار ذلك فان لم يثبت ما يوجب
 الفسخ والرد أمضى قال أصبغ قول ابن وهب قال محمد الا قوله ان لم يكن له ولي جاز وذلك كله ان
 كان له ولي ولم يكن له ولي ينظر فيه فيجأز أو يرد بالا جتهاد فأشار الى أنه يجوز عقده وان كان
 محجورا عليه وانما يرد أن يبين فيه ما يوجب رده فأشار الى انه يجوز عقده وان كان محجورا عليه
 وقد قال ابن وهب ان السفية الذي يولي عليه ان عقده كان لوليها جازته أو رده ففروا ابن وهب بين
 المحجور عليه وبين غيره في ان المحجور عليه يرد الولي ان شاء نكاحه وغير المحجور عليه لا يرد
 انكاحه وليه الا لوجه بين وعند ابن المواز لما كان حقا للمرأة لم يرد الا لوجه يقتضي ذلك وبين وجه
 الاجتهاد فنه والله أعلم قال ابن وهب والأخ السفية في أخته بمنزلة في ابنته قال أشهب في العتية
 نحوه في الأخت وقال أبو عبد الله بن العطار في مولى عليه من أب أو ابن عم ليس لواحد منهما أن
 يعقد نكاحها فان فعل فسح ويعقد لها وصي الولي أو وصي الأب ويعقد لها القاضي أو السلطان
 فان كن ابكارا زوجهن وصي الأب ويسمع منهن وان كان بأمر القاضي فهو آثم (مسألة)
 وأما الأنوثة فقد تقدم ذكرها وأما الرق ففي المدونة والموازية عن مالك ان عقد السيد نكاح ابنته
 الحرة أو غيره أو نكاح أمته أو غيرها من النساء لم يجز وان أذن فيه الأولياء قبل العقد أو أجاز به بعد
 العقد وفسخ قبل البناء وبعده وان طال الزمان وولدت الأولاد كانت دينية أو ذات قدر وفسخه
 بطلقة وان دخل بها فلها المهر المسمى وكذلك ان عقده من فيه بغير رق من مكاتب أو مدبر أو معتق
 بعضه وان كانت ابنته بكرا ووجه ذلك ان فيه من النقص ما يمنع قبول شهادته مع الصلاح فلم يجز
 أن يعقد على البضع أصل ذلك المرأة (فرع) فان قدم من زوجها فقد قال ابن حبيب يفسخ
 وان فأت بالبناء وقد قال مالك في العبد الموصى اليه يقدم من زوج البتية وقال مالك في المدونة
 يقدم المكاتب من زوجها ابنته ومعنى ذلك ان ابنته الحرة لا ولاية له عليها فاذا استخلف من يعقد
 نكاحها فهو بمنزلة أن يستخلفه أجنبي والله أعلم (مسألة) وأما الكفر ففي المدونة لا يجوز
 أن يعقد النصراني نكاح المسلمة قال في العتية عيسى عن ابن القاسم في مسلم أو صبي الى نصراني

وتزوج بناته لا يجوز ايضاؤه الا ان يرى الامام له وجهها فيضي الوصية ويوكل النصراني من زوجهم من المسلمين ووجه ذلك أن النقص في الدين يمنع عقد النكاح على الابضاع فبان بمنع ذهاب الدين جلة أولى (فرع) فاذا قلنا يستخلف من زوج اليتيمة الموصى بها اليه فانه لا يجوز أن يستخلف من زوج ابنته المسلمة لما قدمناه رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية (فرع) وأما المسلم يزوج أخته النصرانية ففي المدونة سئل عنها مالك وقال أمن نساء الجزية هي قيل نعم قال لا يجوز ذلك ماله وماله قال الله تعالى ما لكم من ولايتهم من شيء قال عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب للمسلم أن يعقد نكاح ابنته النصرانية لمسلم وان كان لنصراني فلا يلزمها أبوها وجه القول الاول اختلاف الدينين كمالو كان الأب نصرانيا وهي مسلمة ووجه القول الثاني ان عقد المسلم على النصرانية غير مفسد للنكاح كالسيد المسلم يزوج أخته النصرانية من مسلم وأنصراني (فرع) فاذا قلنا بقول مالك في الموازية عن مالك لا يزوج النصرانية ولها المسلم من مسلم ان كانت حرة ذمية وان كانت معتقة فذلك له قال وكذلك لمولاهما انكاحهما من المسلم وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يزوج المسلم النصرانية أخته كانت أو أمتة واذا رفعت أمرها الى الامام ردها الى أهل دينها (مسألة) وأما انكاح السكران ففي العتبية لابن القاسم عن مالك لا يجوز نكاح السكران ويلزمه طلاقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ سبيل السكران في نكاحه وانكاحه سبيل المعتوه لا يلزمه منه شيء وروى سخنون عن ابن نافع يجوز عليه كل ما فعل من بيع وغيره فقول مالك لا يجوز نكاحه يقتضي المنع من صحته لنقصه ولذلك ألزمه طلاقه ورواية ابن حبيب أنه بمنزلة المعتوه يقتضي أنه لا يجوز ذلك منه لعدم عقله وميزه أو بعض ذلك وقول ابن نافع تجوز أفعاله يقتضي أنه بقي معه عقله وميزه ما يصح به قصده واختياره فيلزمه عقده ولو تيقن أنه لم يبق معه ميزه لما لزمه شيء من ذلك وهذا لا يكون الا اذا بلغ حد المغمى عليه فلا يصح منه قصد ولا عقد والله أعلم (مسألة) وأما الفسق فانه لا ينافي ولاية النكاح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا تصح من الفاسق ولاية في النكاح والدليل على ما نقوله ان هذا ذكر حر مسلم فجاز أن يكون وليا في النكاح أصل ذلك العدل ص * مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا نكحان بناتهما الابكار ولا يستأمرانهم قال يحيى قال مالك وذلك الأمر عندنا في نكاح الابكار * ش قوله انهما كانا نكحان بناتهما الابكار ولا يستأمرانهم يقتضي ان انكاحهما لازم لهن وهذا معنى اجبارها والبكر على ثلاثة أضرب صغيرة وبالغ ومعنس فاما الصغيرة فلا خلاف ان الأب يملك اجبارها ويجوز انكاحها والأصل في ذلك قوله تعالى واللاتي يتسنن من الحيض من نسائك ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن فجعل على اللاتي لم يحضن عدة ولا يكون الا عن نكاح ومن جهة السنة ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا (مسألة) وأما البالغ فلا يختلف أصحابنا في ان الأب يملك اجبارها وقال أبو حنيفة لا يجبرها الأب على النكاح والدليل على ما نقوله ان هذه بكر لا يفتقر عقد نكاحها الى نطقها مع القدرة عليه فكان للأب اجبارها على النكاح كالصغيرة (مسألة) وأما الضرب الثالث وهي المعنس فاختلف قول مالك في اجبارها فروى ابن وهب عنه أنها اذا عنست لم يزوجها الا برضاها وروى محمد عنه ان له ان يجبرها وان عنست وبلغت أكثر من أربعين سنة ووجه القول الاول انها قد بلغت سن الاتبلغة غالبا الامن

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الابكار ولا يستأمرانهم * قال مالك وذلك الأمر عندنا في نكاح الابكار

عرفت مصالحها مع السلامة فكانت كالثيب ووجه الرواية الثانية انها بكر فزما اجبار الأب كالتى لم تنعس (فرع) فاذا قلنا باعتبار التعنيس فى الموازية من رواية ابن وهب ان حدة التعنيس الثلاثون سنة والخمسة والثلاثون وروى عن ابن القاسم الاربعون والخمسة والاربعون (فصل) اذ اثبت ذلك فالبكر عند مالك التى لم تذهب عذرتها بوطء مباح أو ووطء شبهة ينكح أو ملك يمين وأما التى ذهبت عذرتها بوطء زنى فان حكمها حكم البكر فى الاجبار عند مالك وجميع أصحابه وروى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم ليس للاب اجبارها وهى كالثيب ووجه القول الأول ان الاجبار انما هو مما جبل عليه الابكار من الحياء فى ذكر الزوج والزنا يدها حياء فكان حكمها فى ذلك حكم البكر فنقول انها لم تذهب عذرتها بوطء مباح فكان لها حكم البكر كالتى ذهبت عذرتها بطرفة ووجه القول الثانى ان هنا ذهبت عذرتها بوطء فثبت لها حكم الثبوبة كالتى ذهبت عذرتها بوطء الزوج

(فصل) وقوله ولا يستأمرانهم يريدان ذلك لم يكن من فعلهم ما فاء ورد مالك رحمه الله فعلهما وأخذ به واحتج على ذلك بقوله تعالى انى أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين ولم يذكر الاستئثار ويحتمل أن يترك ذلك القاسم وسالم منه ويحتمل لمالم يراه واجبا وقد روى محمد بن يحيى عن مالك فى المدينة وأحسن ذلك أن يسأمر الاب ابنته البكر فان زوجها من غير مؤامرة جاز قال عيسى وأنكر ابن القاسم أن يسأمرها أبوها فوجه استحسان مالك استئثارها انهار بما كرهت بعض من يرصاه أبوها فدخل عليها مضرة والله أعلم ص ~~قال مالك وليس للبكر جواز فى المباحة~~ تدخل بيتها ويعرف من حالها ~~ش~~ وهذا كما قال انه ليس للبكر جواز فى المباحة يعنى انه لا يجوز لها فيه فعلها ولا عقودها حتى تدخل بيتها يريد بناء زوجها بها ويعرف من حالها يريد أن يعرف رشدها وتمضى مدة يعلم بها انها قد خبرت أحوال الناس وعرفت وجوه مصالحها وروى ابن مزين عن عيسى أن معنى قوله حتى يعرف من حالها قال هو أن يشهد الشهود العدول من أهل الاختبار لها انها صحيحة العقل حسنة النظر فى مالها مصلحة له حابسة على نفسها ولا يكون هذا بشهيد حتى يشهد لهؤلاء من قدم ويعرى ذلك منها ويشهر فاذا جرب هذا منها وبني بها زوجها وهى حديثة السن جاز أمرها بعد البناء بسنة وأقل وقال ابن نافع مثله والبكر على ثلاثة أضرب على ما قدمناه فأما الصغيرة فلا خلاف نعمه فى أنه لا يجوز لها النظر فى مالها وأما البالغ فان مالها لا يجوز فعلها فى مالها بنية كانت أو ذات أب وقال أبو حنيفة والشافعى يجوز فعلها فى مالها بنفس بلوغها والدليل على ما نقوله أن من لا يعتبر الأب برضاها فى انكاحها فان له النظر لها فى مالها كالصغيرة ودليل آخر وهو أن المعنى المعتبر فى الرشد هو المعرفة بمصالح المال ومنافعه وتبذره والحفظ له وذلك لا يحصل الا بمباشرة الناس ومعاملتهم والتصرف معهم وقد علم من حال البكر الانقباض عن معاملته الناس ومباشرةهم وذلك يقتضى جهلها بصالح مالها ومنافعه وتبذره مع الحياء الغالب المانع من المراجعة فيه والمنع منه فوجب أن يكون النكاح شرطا فى الرشد الذى يقتضى تسليم المال الى اليتيمة كالبلوغ ونحرر منه دليلا فنقول انه معنى يمنع فى الغالب القيام بحفظ المال وتبذره فوجب أن يمنع من التصرف فيه كعدم البلوغ (فرع) وهذا حكم ذات الأب فأما اليتيمة فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك أنه لا يجوز للبكر قضاء فى مالها بيع ولا غيره كان لها ولي أول لم يكن حتى تبلغ الاربعين سنة فصاعدا وقال ابن عبد الحكم فى البكر البالغ عليها ولي لا يجوز أمرها فى مالها فان لم

* قال مالك وليس للبكر جواز فى حالها حتى تدخل بيتها ويعرف من حالها

تول جازاً أمرها في البيع والشراء وأما العتق والصدقة والعطية فلا وقال أبو زيد والحرث وسحنون يجوز صنيعها كله ما لم تول بولي (فرع) فإذا كانت ذات أب أو يتيمة وقتلنا أنه لا يجوز فعلها في بكارتها فإن دخل بها زوجها فعرف رشدها فإن قضاها في مالها جائز إلا أن مالها قال أحب إلى أن يؤخر قضاؤها في مالها بسنة رواه ابن حبيب عن مطرف عنه وان علم سفهها استدعى الحجر عليها حتى يعلم رشدها ولا خلاف في ذلك نعلمه إلا ما روى عن أبي حنيفة أنه يزول الحجر عنها إذا بلغت خمساً وعشرين سنة وسيأتي بيان ذلك في باب الحجر إن شاء الله تعالى فإن جهل أمرها توقف فيها مدة يختبر حالها بما يمكن أن يظهر في مثله صلاح أفعالها وفسادها وقد روى ابن حبيب عن مالك أنه إذا كان قضاؤها في مالها بقرب بنائها يبيع أو عتق أو غيره فالبيعة رشدها على من يريد إجازة قضاها إلى انقضاء سنة من يوم البناء بها وكذلك ما قرب السنة وإن كان قضاؤها بذلك بعد السنة على من يريد رد قضاها وقال ابن الماجشون في ذات الزوج يكون لها القدر والمال فتريد أن تهب منه وتتصدق أنه إن كان مالها بيدها فأمرها جائز إن كانت قد أقامت مع زوجها بعد البناء سنة أو نحوها أو ولدت وإن كان مالها عند أبيها أو وصيها فلا يجوز فعلها في شيء منه حتى تلي نفسها ووجه اعتبار السنة أن هذا حكم نعتب فيه طول المدة بعد البناء فكان الاعتبار فيه بالسنة كعرق العنة وأما اعتبار به يكون المال في يدها فإن كوز مالها يدها دليل على ترشدها وتجويز أمرها كان قبضه منها دليل على الحجر عليها والمنع لها من التصرف فيه ص * مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار كانوا يقولون في البكر زوجها أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها * ش قولهم في البكر زوجها أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها يريدون بذلك أنه يملك إجبارها على النكاح من شاء وعلى أي وجه شاء ما لم يكن في ذلك ضرر فلا يلزمها ذلك فله أن يزوجهما من الضرر والقبض ومن هو أدنى حالها وأقل مالا وإن زوجهما من محبوب أو خصي أو عتق فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ يلزمها ذلك إذا كان على وجه النظر عانت بذلك أو لم تعلم * قال الإمام أبو الوليد رضي الله عنه وقد رأيت لسحنون أنه لا يلزمها في الخصي وهو الأظهر عندى في العنين والخصي والمحبوب ووجه ذلك أن كل المرأة أن تفسخ به نكاح الزوج من العيوب التي هي العنة وما في معناها فليس للرب الزامها ذلك كما لو ظهرت بعد عقد النكاح (مسئلة) ولا يلزمها أن يزوجهما الأب من محنون يخاف عليها منه ولا من أبرص منسلخ ولا مجذوم مقطوع قد منع الكلام وتغيرت رائحته قاله ابن حبيب وقال سحنون إن كان به ضرر في بدنه لم يلزمها ووجه ذلك ما فيه من الأضرار بها وليس له ذلك وأنه يلزمه أن يحسن النظر لها ولو زوجهما من سكير فاسق لا يؤمن عليها لم يجز وللإمام رده قاله أصبغ (مسئلة) ولا يملك إجبارها جوداً لا غيره من الأولياء إلا الأب وحده قاله مالك قال القاضي أبو محمد خلافاً للشافعي أن الجد يجبر كالأب ودليلنا أنه عصبه يحجبه الأب فلم يملك الإجبار بالنسب كالأخ (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن حكم الثيب الصغيرة حكم البكر في إجبار الأب خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله أن الصغر معنى يمنعها التصرف في نفسها كالبلغة (فرع) ومتى ينقطع عنها حكم الإجبار قال أشهب في الموازية ينقطع عنها بالمحيض رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية وقال سحنون يجبرها الأب وإن حاضت وينفق عليها وجه القول الأول أن الثبوت مع البلوغ تقطع الإجبار وقد وجد في مسئلتنا ووجه القول الثاني ملك الأب إجبارها فلم ينقطع ذلك بالبلوغ كالبلغة

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار كانوا يقولون في البكر زوجها أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها

﴿ ما جاء في الصداق والخباء ﴾

ص مالمالك عن أبي حازم بن دينار عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله أتى قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها إياه فقال ما عندي إلا أزارى هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعطيتها إياه جلست لا أزار لك فالتمس شيئاً فقال النفس ولو خافنا من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن فقال نعم معي سورة كذا وسورة كذا ليسور بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن ﴿ ش قول المرأة يا رسول الله أتى وهبت نفسي لك تريد علي وجه النكاح وفيه بيان أحد هما أنه لا يجوز هبة البضع من غير عوض لغير النبي صلى الله عليه وسلم والثاني في النكاح

(الباب الأول في إزهاية البضع من غير عوض لا يجوز)

لا خلاف أنه لا يجوز نكاح بدون مهر لغير النبي صلى الله عليه وسلم والأصل في ذلك قوله تعالى وإمراة مؤمنة أن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين فأخبر تعالى أن ذلك خالص للنبي صلى الله عليه وسلم ودون سائر المؤمنين فلا يجعل ذلك لغيره ومن جهة السنة أن المرأة قالت له يا رسول الله أتى قد وهبت نفسي لك فلم ينكر ذلك عليها فلو كان منكراً لأنكره عليها ولم يقرها عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقر على الباطل ثم إنه لما سأل القائم نكاحها لم يجعل له إلى ذلك سبيلاً دون صداق مع حاجة القائم وفقره وعدم ما يصدقها إياه حتى أنكحها إياها بما معه من القرآن ولو جاز أن يخول نكاح غير النبي صلى الله عليه وسلم من عوض لما منعه النبي صلى الله عليه وسلم ذلك مع شدة الفقر والحاجة (مسألة) إذا ثبت ذلك فهو على ضربين قال ابن حبيب إن عى به هبة النكاح ولم يعن به هبة الصداق فهذا يفسخ قبل البناء وبعده ولها صداق المثل قال وإن عني به نكاحها بغير صداق فلا يجوز وما أصدقها ولو ربع دينار فأكثر فبجائز ولها لازم تجبر على ذلك قبل البناء وبعده وهذا الذي قاله فيه عندي نظراً وإنما يجب إذا وهبت نفسها للرجل ولم ترد به النكاح وإنما أرادت به بذل البضع أن لا يكون هناك نكاح يثبت قبل البناء وبعده وإنما هو سراح يثبت فيه الحد ولا يلحق فيه النسب وأما ما أراد به عقد النكاح من غير صداق ففي المدونة عن ابن القاسم قولان أحدهما أنه يفسخ قبل الدخول والثاني أنه يفسخ قبل الدخول وبعده وقال القاضي أبو الحسن وهو الصحيح عندي وقال الشيخ أبو اسحاق فيه ثلاث روايات الروايتان اللتان تقدمتا والثالثة أنها بمنزلة نكاح التفويض وهذا يقتضي امضاءه قبل البناء وبعده (فرع) فإذا قلنا يفسخ بعد البناء فقد قال أشهب لها ثلاثة دراهم وقال أصبغ لها مهر المثل وإذا قلنا يثبت بعد البناء فقد قال مالك لها مهر المثل

(الباب الثاني)

في حكم النكاح بلفظ الهبة مع ذكر العوض * وذلك أن يقول وهبتك وليتي على أن تصدقها مائة دينار وأما اتفاقا عليه ويقع العقد بذلك فقد حكى القاضي أبو محمد في إشرافه أن النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك المؤبد كالهبة والبيع دون ما يقتضي التوقيت وزاد القاضي أبو الحسن ولفظ

﴿ ما جاء في الصداق

والخباء ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي حازم بن دينار عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله أتى قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها إياه فقال ما عندي إلا أزارى هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعطيتها إياه جلست لا أزار لك فالتمس شيئاً فقال النفس ولو خافنا من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن فقال نعم معي سورة كذا وسورة كذا ليسور بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن

القرآن

الصدقة قال وسواء عندي ذكر المهر أو لم يذكره في لفظ الهبة والبيع والصدقة اذا علم انهم قصدوا النكاح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ورواه مالك عن المغيرة ومحمد بن دينار والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما روى عبد العزيز بن أبي حازم عن أبيه عن سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الحديث المتقدم للقائم قد ملكتهما بما معك من القرآن ووجه الدليل من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم زوجه اياها بلفظ التملك وذلك لا يجوز عند الشافعي ودليلنا من جهة القياس أن هذا لفظ يقتضي اطلاقه عقد تملك مؤبدا فجاز أن ينعقد به النكاح كلفظ النكاح والتزويج

(فصل) وقوله فقام رجل فقال زوجني يا رسول الله ان لم يكن لك بها حاجة دليل على جواز الخطبة التي قد أجابت الى النكاح باستئذان الذي أجابته وان المنع من أن يخطب أحد على خطبة أخيه انما هو لحق النكاح فاذا استؤذن في الخطبة وصرف الامر اليه في ذلك فلا حرج وهذا يقتضي أن النكاح مباح للفقير اذا وجد المهر والنكاح في الجملة مندوب اليه ولا يتعين وجوبه الا ان يخاف العنت ولم يجد ما يتسرى به وقد يتعلق المنع بذلك اذا استغنى عنه وعجز عن المهر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء تصدقها اياه مع ما أتى بعده من نسق الكلام دليل على أن النكاح لا يجوز أن يعرى عن صداق وقوله ما عندي الا ازارى اظهر لفقره واخباره بأنه لا يملك غيره وقوله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازارك يقتضي معنيين أحدهما أنه لا يصح أن يصدقها اياه ولو صح ذلك لما احتج عليه بتعذر تسليم الازار لها والثاني أنه لا يجوز أن يسلمه لأن ذلك يؤدي الى البقاء على حالة لا يجوز بها البقاء عليها من كشف العورة والتعري عن جميع اللبس ولذلك لا يباع هذا من الثياب في دين ولا يقضى به حق

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم التمس شيئا وقل الرجل ما وجد شيئا وان كانت لفظة شيء تقع على القليل والكثير مما يصح أن يمهر الا انه مستند الى قوله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه فكأنه قال التمس شيئا مما يمكن أن تصدقها اياه فقال الرجل ما وجد شيئا يصح أن يكون صداقا لأنه لا خلاف أنه كان يقدر على نواة ثمرة وقتة حشيش وحزمة حطب يحطبه وأنواع هذا مما لا يصح أن يكون مهرا والشافعي يقول ان المهر يكون قليلا وكثيرا لا حذافله ومع ذلك فلا يجوز عنده بالخرف المكسر والجران المخزقة وبما لا يكون عوضا في الغالب فلا يجوز له حمل الحديث على ظاهره لأن لفظة شيء يقع على ذلك كله فلو حملوا الحديث على ظاهره للزمهم أن يجيزوا النكاح بقشر البيض والخزف المكسر ونحو ذلك وان قالوا ان معناه شيء مما يجوز أن يكون عوضا في الصفة فلنا أن نقول شيء مما يجوز أن يكون عوضا في المقدار وبما بين هذا التأويل أنه لما قال لأجد شيئا قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم التمس ولو خاتما من حديد فلو أراد بقوله التمس شيئا ما قل أو كثيرا لست بحال أن يقول له بعد ذلك التمس ولو خاتما من حديد المعنيين أحدهما أنه انما يكلفه أو لا اكثر فاذا عجز عنه أرخص عنه في الأقل ومحال أن يكلفه القليل فاذا عجز عنه كلفه الكثير فدل ذلك على أن الشيء في قوله صلى الله عليه وسلم التمس شيئا أكثر من مقدار قيمة خاتم الحديد والمعنى الثاني أن الرجل قال له ما وجد شيئا وانما يعني ان لم يجد الشيء الذي كلف التماسه فلو كلف التماس ما قل أو كثيرا لست بحال أن يقول له التمس خاتما من حديد لأنه قد نفي أن يجد خاتما من حديد وما هو أقل منه فاما أمره بعد ذلك أن يلمس خاتما من حديد علم أن النبي صلى الله عليه وسلم عني بالشيء

في قوله التمس شيأ أكثر من مقدار خاتم الحديد ولذلك قال له ولو خاتم من حديد وهذا انما يستعمل في أقل ما يكون من المطالب

(فصل) ومطالبة بذلك في الحين تقتضي أن من حكمه تعجيله أو تعجيل ما يصح أن يكون مهورا منه ولو شرع تأخير جميعه لسأله هل يرجو أن يتكسب في المستقبل قدر الخاتم من الحديد بل الغالب تجوز ذلك كله فكان يقول له ز وجتكمها على أن يكون لها هذا في ذمتك ويضرب لذلك أجلا يغلب على الظن سكبسه لهذا ولما نقله عن وجود المهر الى المنافع دون واسطة ثبت أن من حكم المهر أن يتعجل منه قبل البناء ما يصح أن يكون مهورا

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء فقال نعم وذكر له ما حفظ منه يحتمل أن يكون لما عدم الاعيان عدل الى سؤاله عن المنافع ليصدق ذلك امرأته . والثاني أن يعلم ما عنده من القرآن فقط

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتمكم بما معكم من القرآن يحتمل أيضا وجهين أحدهما وهو الأظهر أن يعلمها ما معه من القرآن أو مقدار أمانته فيكون ذلك صداقها وهذا اباحة جعل منافع الاعيان مهورا وقدر روى عن مالك هذا التفسير رواه عنه ابن مضر الاندلسي واحتج شيوخنا العراقيون بهذا الحديث على أن منافع الاعيان يصح أن تكون عوضا عن البضع وقدر روى زائدة هذا الحديث فقال فيه انطلق فقد ز وجتكمها فاعلمها ما معكم من القرآن ذكر ذلك مسلم في صحيحه وقدر روى عقيل عن عطاء عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو هذه القضية ولم يذكر الأزار والخاتم وقال ما تحفظ من القرآن قال سورة البقرة والتي نهاها قال قم فاعلمها عشر بن آية وهي امرأتك والوجه الثاني ما ذهب اليه الشيخ أبو بكر والشيخ أبو محمد أن معناه ز وجتكمها بما معكم من القرآن وأن هذا خاص لذلك الرجل دون غيره من الناس وهذا التخصيص يحتاج الى دليل والتاويل الاول أظهر من جهة اللفظ والمعنى والله أعلم وقد قال ابن مزين سألت يحيى بن يحيى عن من نكح بقرآن يقرؤه لم ينقد غيره فقال بفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل (فرع) اذا ثبت الوجه الاول من جعل منافع الاعيان مهورا فقال القاضي أبو محمد والقاضي أبو الحسن انه مكروه قال القاضي أبو محمد لا خلاف فيه وقال للقاضي أبو الحسن انما يكرهه مع القدرة على غيره وأما مع العدم فلا ولعله قد جعل هذا المعجل من مهرها لئلا يكون البناء قبل تقديم شيء من المهر وأبقى باقي المهر في ذمته وقد قال أصبغ فنكح بعنل سنة أكرهه ان كان معه شيء وان لم يكن معه شيء فهو أشد كراهية وان زل مضى في الوجهين واحتج بقصة شعيب عليه السلام وجوز الشافعي جعل منافع الاعيان مهورا وقال أبو حنيفة ان منافع العبد يجوز أن تكون مهورا دون منافع الحر والدليل على ما قدمناه قوله تعالى اني أريد أن أنكحك احدي ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى خبج فان أتممت عشرا فمن عندك وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد نسخ وقد احتج مالك رحمه الله بهذه الآية في ترك الاستثمار ودليلنا من جهة القياس ان هذه منفعة معلومة مباحة من عين معروفة لحاز أن يكون عوضا للبضع كمنفعة العبد وروى عيسى عن ابن القاسم لا يكون النكاح جعللا ولا كراهة ولمن عمل على ذلك أجر مثله قال مالك وماذا كرم نكاح موسى عليه السلام فلا أحكام على غير ذلك فهذه الرواية تمنع أن تكون المنافع مهورا خلافا لما تقدم وأما الجعل فيجب أن يكون قولنا واحدا لان عقد الجعل غير لازم وعقد النكاح لازم والله أعلم ص

• وحديثي عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن

سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فسها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم على ولها ما لم يكن ذلك على ولها الزوج بها إذا كان ولها الذي أنكحها هو أبوها وأخوها أو من يرى انه يعلم ذلك منها فأما إذا كان ولها الذي أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشرة ممن يرى انه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم وترد تلك المرأة ما أخذت من صداقها ويترك لها قدر ما تستعمل به * ش قوله رضي الله عنه أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فسها فلها صداقها كاملا يريد ان يباها من الجنون والجذام والبرص لا يوجب استباحة بضعتها دون عوض ولا بذلك من عوض وان كان للزوج ردها بهذه العيوب المؤثرة في المنع من الاستمتاع المقصود بعقد النكاح وفي ذلك أربعة أبواب * أحدها ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالمعاني المؤثرة في منع الاستمتاع * والباب الثاني في تفسير المعاني التي يثبت بها الخيار للزوج * والباب الثالث فيما يوجب الفرقه بذلك قبل المسيس * والباب الرابع في موجب الفرقه بذلك بعد المسيس

* الباب الأول في ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب المؤثرة في منع الاستمتاع * أمّا ثبوت الخيار بذلك فهو قول مالك وبه قال الشافعي وهو المروي عن علي وعمر رضي الله عنهما وقال أبو حنيفة لا خيار للزوج بشئ من ذلك ودليلنا من جهة القياس ان هذا أحد الزوجين فجاز أن يرد بعيب يمنع المقصود من الاستمتاع كالزوج وذلك ان أباحنيفة وافقنا على أن الزوج يرد بالجب والعنة

* الباب الثاني في تفسير المعاني التي يثبت بها الخيار للزوج *

أما المعاني التي يثبت بها الخيار للزوج فانها الجنون والجذام والبرص وداء الفرج رواه ابن عبيد الحكم عن مالك قال الشيخ أبو بكر وانما كان ذلك لان هتمة المعاني تمنع استدامة الوطء وكالالاتخاذ به (فرع) فالجنون هو الصرع والوسواس الذي ذهب معه العقل كل ذلك ترد به المرأة وكذلك الجذام اذا تيقن قلبيلا كان أو كثيرا. وأما البرص ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك أن رد المرأة من قليل البرص فقال ما سمعت الا ما في الحديث وما فرق بين قليل ولا كثير قال ابن القاسم ترد من قليله ولو أحيط علما فيما يخف منه انه لا يزيد لم ترد منه ولكن لا يعلم ذلك فترد من قليله ووجه قول ابن القاسم أن يسيره لا يؤثر في الاستمتاع ولكنه لا يكاد يتوقف قبل المعتاد منه التزايد فكان ذلك لتيقنه بمنزلة الموجود منه (فرع) وأما داء الفرج فقال ابن حبيب وتفسيره ما كان في الفرج مما يقطع لذة الوطء مثل العفل والقرن والرتق وقال القاضي أبو محمد داء الفرج هو القرن والرتق وما في معناهما وزاد الشيخ أبو القاسم في تفريعه البخر والافضاء وهو أن يكون المسلكان واحدا وروي ابن المواز عن مالك ان كل ما يكون عند أهل المعرفة من داء الفرج فان للزوج الرده وان لم يمنع الوطء مثل العفل القليل والقرن وحرق النار قال والمجنونة والجذماء والبرصاء يقدر على وطئها مع ذلك فللزوج ردها (مسئله) وأما القرع الفاحش فان ابن حبيب قال له الرده لانه من معنى الجذام والبرص ولم أر ذلك لغيره من أصحابنا والأظهر من المذهب انه لا يرد به لانه مما يرجح برؤه في الأغلب ولا يمنع المقصود من الاستمتاع ولا يؤثر فيه كالجرب ونحوه (مسئله) وأما ماسوى ذلك من العيوب فانه لا يرد به الا أن يشترط الضحة كالعمى والعمور والعرج ونحو ذلك من العاهات فان اشترط الضحة فله الرد واللام ترد وكذلك لو وجدها الغيبة لم يكن له ردها الا أن يتزوجها على نسب ووجه ذلك ان هذا

سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فسها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم على ولها ما لم يكن ذلك على ولها الزوج بها إذا كان ولها الذي أنكحها هو أبوها وأخوها أو من يرى انه يعلم ذلك منها فأما إذا كان ولها الذي أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشرة ممن يرى انه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم وترد تلك المرأة ما أخذت من صداقها ويترك لها قدر ما تستعمل به

معنى لا يؤثر في الاستمتاع فلا يوجب خيار الزد بالعيب كما لو كانت شربة خمر قال ابن حبيب الآن يشترط الخاطب لنفسه في ذلك فيكون له الا السوداء فانه يكون ذلك له وان لم يشترطه اذا لم يكن في أهلها سواد لان ذلك كالشرط ويجب على هذا أن يعلم الزوج بذلك ويتزوج على أن أهلها لا اسود فيهم والا فليس في معنى الشرط والله أعلم

﴿ الباب الثالث فيما يوجب الفرقه بذلك قبل المسيس ﴾

أما ما يوجب الفرقه فانه لا يخلو أن يكون موجودا بالمرأة حين العقد أو حادثا بعده فان كان موجودا بها حين العقد فعلم به الزوج قبل البناء وبعد العقد فان له أن يفارق ولا شيء عليه من المهر أو ينني وعليه جميعه ووجه ذلك انه عيب دلس له به ولم يفت البضع فهو بالخيار بين أن لا يرضى بالعيب فيرد النكاح ولا شيء عليه من المهر أو يرضى به فيلزمه ذلك ويكون عليه جميع المهر أو نصفه ان طلق بعد الرضا وقبل البناء (فرع) فان ادعى الزوج ان بالمرأة داء الفرج وأنكرت ذلك الزوجه ففي كتاب ابن حبيب هي مصدقة وليس له أن ينظر اليها النساء وروى سحنون عن ابن القاسم لا ينظر اليها النساء وأنكر ذلك سحنون عليه وقال كيف تعرف الا بنظرهن وروى ابن سحنون عن أبيه ينظر اليها النساء (مسئلة) فان كان حادثا بعد العقد فعلم بذلك قبل البناء لم يكن للزوج الا أن يفارق ويكون عليه نصف الصداق أو ينني ويكون عليه جميعه وقال الشافعي يفارق ولا شيء عليه وجه قول مالك ان هذا العيب انما حدث فيما عقد عليه بعد ملكه له فكان ذلك منه كما لو ماتت (فرع) فان ظهر بعد عقد النكاح بمة شيء من هذه المعاني فقال الزوج كان ذلك بها يوم العقد وقالت المرأة والولى انما حدث ذلك بعد العقد فقد روى العتي عن ابن القاسم وابن حبيب عن مالك البينة على الزوج ووجه ذلك انه يدعى فسخ عقد ظاهره الزوم وذلك من مقتضاه فعله البينة بما يدعيه (فرع) فان لم تكن للزوج بينة فقد روى ابن حبيب عن مالك ان كان الولي أبا أو أختا فعليه اليمين وان غيرهما فاليمين عليها ووجه ذلك ان الأب والأخ لما كانا ممن يرجع عليهما بالمهران ثبت الرجوع بذلك لزمتهما اليمين وكذلك كل من هذا حكمه لانه يدفع عن نفسه الضمان وان كان الولي ممن لا يرجع عليه بالمهر لم تلمه اليمين

(الباب الرابع في موجب الفرقه بذلك بعد المسيس)

وأما موجب الفرقه بذلك بعد المسيس فان ما ظهر عليه الزوج من ذلك بالمرأة بعد المسيس فلا يخلو أن يحدث قبل عقد النكاح أو بعده فان كان حدث بعد عقد النكاح فقد وجب للمرأة جميع المهر بالمسيس سواء علم بذلك قبل الوطء أو بعده وان كان بالمرأة قبل العقد ولم يعلم الزوج به الا بعد الوطء فانه لا بد للبضع المستباح من عوض وسياق تفسيره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه وذلك لزوجها غرم على وليها وقول مالك بعده ان ذلك اذا كان وليها هو أو أخوها أو أبوها أو من يرى انه يعلم ذلك منها وأما ان كان وليها الذي أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشرة أو من يرى انه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم فانه يحتمل أن يكون قول مالك خلافا لقول عمر رضي الله عنه وأن يكون مالك رحمه الله قد أورد قول عمر على ما رواه وذكر رأيه على ما رآه ويحتمل أن يكون مالك تلقى قول عمر على أنه موافق رأيه ولكنه خاص في الولي الذي يظن به انه يعلم وبين مالك رحمه الله ذلك بتفصيله الذي فصله فاذا كان ذلك كذلك وكان ما وجد من العيب بالمرأة موجودا بها حين العقد وظهر عليه الزوج بعد المسيس فلا يخلو أن يكون الولي في عقد نكاحها

من ظاهره المعرفة بحالها والاطلاع على ما بها أو يكون ممن ظاهره انه لا يعلم حالها ولا يقف على ما بها
وان كان ممن ظاهره المعرفة بحالها فلا يخلو أن يكون حاضرا معها قبل مدة النكاح أو غائبا عنها فان
كان حاضرا معها وكان العيب بموضع ظاهره أنه لا يخفى على مثله فلا خلاف في المذهب ان جميع
الصادق لها ويرجع به الزوج على الولي خلافا للشافعي في قوله انه لا يرجع على الولي ولا على المرأة بوجه
والدليل على ما نقوله ان هذا معنى يوجب خياره الرد بالعيب فوجب أن يشهد للرد الرجوع
بالعوض اذا فات الرد كالرد بالعيب في البيوع (مسئلة) ولو كان الولي القريب القرابة غائبا
عنها بحيث يعلم أنه يخفى عليه خبرها فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم
عن مالك انه لا غرم عليه وانما الغرم على المرأة زاد ابن حبيب عن ابن القاسم بعد أن يخلف انه ما علم
وروى عن أشهب أن ذلك على الولي وان كان غائبا لا يعلم وجهه قول مالك ان الظاهر من حاله انه لم
يدلس بالعيب عليه كالولي الذي ليس بقريب القرابة ووجهه قول أشهب انه ولي قريب القرابة فلم
يسقط عنه الغرم ظاهر عدم علمه بالعيب كالبرص الذي يكون بموضع يخفى على الاب والابن
(مسئلة) وان كان الولي في عقد نكاحها من ظاهره انه لا يعلم ما بها من ذلك كابن العم والمولى
والرجل من العشيرة فلا غرم عليه ولا يمين قاله ابن المواز وقال ابن حبيب ان ائهم انه علم حلف والا
فلا شيء عليه وترد المرأة من الصادق ما أخذته غير أنه يترك لها من ذلك ربع دينار وذلك ما يستعمل به
فرجها لانه لا يجوز استباحته بغير عوض فوجب انفاذ ذلك لها قال ابن حبيب وانما يرجع عليها
بالعين التي دفعها اليها دون الجواز ص * مالك عن نافع ان ابنة عبيد الله بن عمر وأمها بنت زيد
ابن الخطاب كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها صداقا فابتعت أمها صداقا
فقال عبد الله بن عمر ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم نمسكه ولم نطعمها فأبنت أمها أن تقبل ذلك
فجعلوا بينهم زيد بن ثابت فقضى أن لا صداق لها ولها الميراث * ش قوله ان بنت عبيد الله بن عمر
كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات ولم يسم لها صداقا يقتضى ان نكاحها كان على وجه
التفويض * والنكاح على ضربين نكاح تسمية مهر ونكاح تفويض فأما نكاح تسمية المهر فقد
تقدم وأما نكاح التفويض فهو جائز والأصل في ذلك قوله تعالى لا جناح عليكم ان تطلقتم النساء
ما لم تمسوهن أو تفرضا هن فريضة قال القاضي أبو محمد فأباح الطلاق مع عدم الفرض والميسر
والطلاق المباح لا يكون الا في نكاح صحيح * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى ان وجه
التعلق من الآية انه بمعنى نفى الجناح عن من طلق ما لم يمس أو يفرض فريضة وهذا يقتضى رفع المأثم
بعقده واذا ارتفع المأثم دل على إباحته والدليل على صحته الاجماع فلا خلاف بين المسلمين في
جوازه وصحته اذا ثبت ذلك ففيه أربعة أبواب أحدها في صفته والثاني في حكمه قبل المسيس
والثالث في حكمه بعد المسيس والرابع في حكم مهر المثل وما يعتبر فيه (الباب الاول في صفته) اما صفته
فهو أن يصير حوا بالتفويض أو يستتوا عن ذكر المهر قاله ابن حبيب وأشهب ووجه ذلك انه لما
كان اطلاق العقد يقتضى الصحة ولا يصح النكاح الابعوض ولم يكن في الكلام ما ينفي العوض
حمل على النكاح بالمهر الذي يسكت عن ذكره وهو بمعنى نكاح التفويض واقتضى ذلك
التفويض الى الزوج فيه لانه من قبله ينفذ وعليه يجب (مسئلة) ومثل ذلك أن يزوجه على
حكم الزوج قال ابن حبيب وكذلك على حكم أجنبي أو على حكم الولي فأما على حكم الزوجة فلا خلاف
بين أصحابنا في جوازه غير عبد الملك بن الماجشون فان ابن المواز يفتي قبل البناء ونحو ذلك

* وحدثني عن مالك عن
نافع ان ابنة عبيد الله بن
عمر وأمها بنت زيد بن
الخطاب كانت تحت ابن
لعبد الله بن عمر فمات ولم
يدخل بها ولم يسم لها
صداقا فابتعت أمها صداقا
فقال عبد الله بن عمر ليس
لها صداق ولو كان لها
صداق لم نمسكه ولم
نطعمها فابت أمها أن تقبل
ذلك فجعلوا بينهم زيد بن
ثابت فقضى أن لا صداق
لها ولها الميراث

روى عنه القاضي أبو محمد وروى عنه ابن حبيب جواز وجوه رواية الجواز أنه تفويض في مقدار الصداق فلم يمنع صحة النكاح كالتفويض إلى الزوج ووجه رواية المنع أن الصداق من جهة الزوج فإذا بدل مهر المثل لزم النكاح وليس من جهة المرأة فإذا رضيت به لم يلزم النكاح لأن الزوج لا امتناع من ذلك فلما لم يلزم النكاح من إحدى الجهتين لم يصح كالأول كان التفويض في البضع (الباب الثاني في حكم نكاح التفويض قبل المسيس)

وأما نكاح التفويض بالتصريح أو السكوت فإنه لازم للمرأة أن فرض لها الزوج مهر المثل ولا يخلو فرضه من ثلاثة أحوال أحدها أن يفرض مهر المثل فأكثر والثاني أن يفرض أقل من مهر المثل مما يصح أن يكون مهرا والثالث أن يفرض من المهر ما لا يصح أن يكون مهرا فإذا فرض مهر المثل فأكثر فقد تقدم ذكره ووجه ذلك أن الزوج قد ملك استباحة بضعها بدليل صحة النكاح وإذا ملك ذلك بنفس العقد لم يلزمه أكثر من قيمته وذلك مهر المثل فإن فرض أقل من مهر المثل مما يصح أن يكون مهرا وذلك أكثر من ربع دينار فإن رضيت الزوجة جاز النكاح ولزمها وإن أبت من ذلك لم يلزمها النكاح ووجه ذلك أنه إذا فرض ربع دينار فأكثر فالحق غير خارج عنها فما اتفقا عليه لزمها وجاز لها ذلك وأما إذا فرض لها ما لا يصح أن يكون مهرا وذلك أن يفرض لها أقل من ربع دينار فلا يجوز لها الرضا به لأن الحق لله فلا يجوز لها استقاطه (مسئلة) فإن تزوج على حكم أجنبي أو على حكم الولي فقد قال ابن حبيب إن فرض لها مهر المثل فأكثر فلا حاجة لها وإن أبت فارق ولا شيء عليه وروى ابن المواز عن ابن القاسم فيما حكم فيه الأجنبي إن رضيا بحكمه والافرق بينهما بمنزلة إذا لم يفرض الزوج مهر المثل في نكاح التفويض إليه وجه قول ابن حبيب أن التحكيم لا يقتضي الرجوع إلى قول الحكم ولذلك إذا حكم الزوج بأقل من مهر المثل لم يلزم ذلك الزوجة وإنما يقتضي التحكيم لزوم مهر المثل والتسامح في إحدى الجهتين فإذا كان ذلك كذلك وجب أن يستوى فيه تحكيم الزوج والزوجة والأجنبي والولي والله أعلم ووجه الرواية الثانية ما يأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى (مسئلة) فإن عقد النكاح على حكم الزوج وقلنا بجوازه فقد قال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال إن بدل لها مهر المثل لزمها كالتفويض وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ وأحد قولي ابن القاسم ومنهم من قال لا يلزمها الرضا بصداق المثل وهو قول أشهب وأحد قولي ابن القاسم وقدره ابن المواز عنهما وجه القول الأول ما تقدم ووجه القول الثاني أن التحكيم توجه إلى جهة فلا يلزم الرضا بغيرها كالأول علق بحكم فلان (مسئلة) ومن تزوج على التفويض فطلق ابتداء لم يلزمه شيء من المهر ولا غيره إلا أنه مندوب إلى المتعة والأصل في ذلك قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضاوهن فريضة ومتعوهن (مسئلة) وإن فرض لها بعد العقد مهر المثل واتفقا عليه ثم طلقها قبل البناء فلها نصف ذلك وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو يوسف في أحد قوليه لا شيء عليه من ذلك والدليل على صحة ما نقله قوله تعالى وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهذا عام فحكمه على عمومته ودليلنا من جهة القياس إن هذا فرض يجب بالبناء فيلزم أن يجب نصفه بالطلاق قبل البناء كالفرض في نفس العقد (مسئلة) ومن تزوج على تفويض ثم مات أحد الزوجين قبل التسمية والمسيس فالتوارث بينهما ثابت ولا مهر للمرأة رواه ابن عبد الحكم وغيره عن مالك قال الشيخ أبو بكر إنما قلنا إن بينهما التوارث لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم وقوله

جل وعزوهن الربع مما تركتم وأما الصداق فلا صداق لها وبه قال علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ومن التابعين سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وجماعة سواهم وهو أحد قول الشافعي وقال أبو حنيفة لها صداق وهو قول ثمان للشافعي والدليل على ما نقوله أن ما لا يجب لها بالطلاق شيء منه فإنه لا يجب لها بالموت جميعه أصل ذلك ما زاد على المسمى وعكسه المسمى لما وجب لها بالطلاق نصفه وجب لها بالموت جميعه وأما تسمية المهر في المرض فلا يصح ولا شيء لها منه لأنها وصية لو ارث قاله مالك وقال فان دخل بها في مرضه فلها صداق مثلها ولو مات أحدهما بعد تسمية المهر في صحته لكان ذلك للزوجة لأن ذلك مما قلنا أنه يجب نصفه بالطلاق على ما تقدم

(الباب الثالث في حكم نكاح التفويض بعد المسيس)

وأما أنه إذا دخل بها بعد أن سمى لها مهر المثل أو ما اتفقا عليه فإن لها ذلك كله بالمسيس وإن دخل بها قبل التسمية وجب لها بالمسيس مهر المثل رواه ابن عبد الحكم عن مالك وقال ابن حبيب أنه المجمع عليه وإن طلقها بعد المسيس لم يسقط عنه شيء من مهر المثل ووجه ذلك أنه قد استوفى ما عقد عليه من البضع من غير تسمية لعوض فوجب أن تلزمه قيمته وذلك مهر المثل

(الباب الرابع فيما يعتبر في مهر المثل)

أما ما يعتبر في مهر المثل فإنه أربع صفات الدين والجمال والمال والحسب ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد فمن ساواها في هذه الصفات ردت إليها في مهر المثل وإن لم تكن من أقاليمها وقال الشافعي يعتبر منها عصبتها فقط وهن أخواتها وبنات أعمامها وكل من يرجع بالانتساب بينهما إلى التعصيب وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة أنه يعتبر منها قومها اللواتي معها في عشيرتها فدخل فيها سائر العصابات والأمهات والخلالات دون الأجانب وقد قال ابن أبي ليلى يعتبر بذوات الأرحام والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم ينكح النساء لأربع لما لها وحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك فوجه الدين من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أخبر أن المقصود من النساء في النكاح هذه الصفات فوجب أن يزيد المهر وينقص بحسب هذه المعاني المقصودة ولا يقصر ذلك على الحسب دون غيره ووجه آخر وهو أنه صلى الله عليه وسلم حض على ذات الدين فوجب أن يكون الاعتبار بهذه الصفات أولى ودليلنا من جهة القياس أن هذه زوجة فوجب أن يعتبر في مهر مثلها من كان على مثل حالها وإن لم تكن من قومها كالتى لا عشيرة لها

(فصل) وقوله فأت لم يسم لها صداقا فابتعت أمها صداقا فقالت لعبد الله بن عمر ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم يسمك ولم ينظمها يريد ما قدمناه من أن موت أحد الزوجين قبل فرض الصداق في نكاح التفويض لا يوجب مهر أولاً وجب مهر المسمى عبد الله على علمه ودينه وفضله ولم يرض بنظم أحد فكيف بنظم ابنة أخيه

(فصل) وقوله فأت لم تقبل ذلك يحتمل أن تكون علمت بالاختلاف في ذلك بين أهل العلم فإذ لم تقبل قوله فحكايه ما زيد بن ثابت لتقدمه في العلم والدين والفضل ولعله في ذلك الوقت كان الذي يرجع إلى قوله في الفتوى ويؤخذ بفتواه عند اختلاف العلماء فقضى بأن لها الميراث دون الصداق وقد روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال لها مهر مثلها وروى الثوري عن منصور عن إبراهيم عن علقمة أنى عبد الله بن مسعود يسئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها ولم يمسها حتى

مات فردهم ثم قال أقول فيها برأي فان يكن صوابا فخر الله وان يكن خطأ فخرى أرى لها صدق امرأة من
نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال أشهد لقد
قضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة من بني رواس وقد روى
عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أخبر بقول عبد الله بن مسعود فقال لا تصدق الاعراب على
رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى ذلك أن هذا الرجل غير معر وف قيل فيه معقل بن سنان وقيل
معقل بن يسار واضطرب في اسناد الحديث فقيل عن علقمة وقيل عن مسروق ولو صح لجاز أن
يريد بحكم النبي صلى الله عليه وسلم في الميراث والعدة والله أعلم ص **ع** مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد
العزيز كتب في خلافته إلى بعض عماله أن كل ما اشترط المنكح من كان أباً أو غيره من حباء أو كرامة
فهو للمرأة أن ابتغته **ع** قال مالك في المرأة ينكحها أبوها ويشترط في صداقها الحباء يحب به أنه ما كان
من شرط يقع به النكاح فهو لا بنته إذا ابتغته وإن فارقها زوجها قبل أن يدخل بها فلز وجهها شطر
الحباء الذي وقع به النكاح **ع** ش قوله أن كل ما اشترط المنكح من كان أباً أو غيره من حباء أو كرامة
فهو للمرأة أن ابتغته يقتضي أن ما اشترط في عقد النكاح من عطاء يشترطه الولي لنفسه أو لغيره فإن
ذلك كله للزوجة ووجهه أنه عقد معاوضة فوجب أن يكون جميع عوضه لمن عوضه من جهته
كالبيع والإجارة ولا يلزم على هذا أجرة السمسار لأن ذلك ليس للنائب عن البائع على المبتاع وإنما
هي للنائب على من ناب عنه من مبتاع أو بائع ولو وكل البائع من يبيع ثوبه فاشترط الوكيل على
المبتاع ثمناً لكان للبائع وإن اشترطه لنفسه لأنه من ثمن سلعة وقد قال مالك في المدينة أن الزوج
جعل للرجل جعلاً على أن ينكحه لعقدة النكاح فأنما هو جعل جعله على أن يقوم له في ذلك فهذا
سنة جعل السمسار على من استنابه (مسئلة) وما كان من ذلك بعد عقد النكاح فهو لمن اشترطه
دون المرأة ولا شيء للزوج منه إن طلق قبل المسيس قاله مالك في المدينة زاد محمد بن عبد الحكم فأنما
كان الحباء أوفائاً ووجه ذلك أنه معنى تبرع به الزوج بعد تمام العقد وتقدير العوض فكان ذلك
هبة مبتدأة لمن وهبه إياها دون الزوجة (فرع) فإن فسخ النكاح بأمر غالب فروى ابن حبيب
عن مالك الزوج يرجع بما وجد من ذلك فأنما لم يفت ووجه ذلك أنها هبة لأجل النكاح فإن فسخ
قبل النكاح ردت هبته كالبيع

(فصل) وقوله وإن فارقها زوجها قبل البناء فلز وجهها شطر الحباء الذي وقع به النكاح يريد أن لها
شطر الحباء الذي وقع به النكاح من نصف الصداق ووجه ذلك أنه من جلة العوض الذي انعقد عليه
النكاح وثبت بالنكاح للزوجة فكان للزوج نصفه إن طلق قبل البناء كالمهر ص **ع** قال مالك
في الرجل يزوج ابنه صغيراً لا مال له أن الصداق على أبيه إذا كان الغلام يوم تزوج لا مال له وإن كان
لغلام مال فالصداق في مال الغلام إلا أن يسمى الأب أن الصداق عليه وذلك النكاح ثابت على الابن
إذا كان صغيراً وكان في ولاية أبيه **ع** ش وهذا كما قال ابن الرجل إذا تزوج ابنه الصغير الذي لا مال له
فأنه لا يخالو أن يكون نكاح تسمية صداق أو نكاح تفويض فإن كان نكاح تسمية فلا يخالو أن يكون
الأب صريح بأن الصداق عليه أو على الابن أو سكت فإن صرح بأن الصداق على الأب فهو عليه على
حسب ما التزمه وكذلك لو سكت قاله القاضي أبو محمد ورواه محمد عن مالك ووجه ذلك أن إطلاق
العقد يقتضي تعلق العوض بدمه العاقد دون ذمة المعقود له كابتعاظه نفقة أو كسوة (فرع) وهذا
إذا كان الأب موسراً فإن كان الأب والابن عديمين فقهر روى محمد عن أبيه أصبغ لاشئ من ذلك على

ع وحديثي عن مالك أنه
بلغه أن عمر بن عبد
العزيز كتب في خلافته
إلى بعض عماله أن كل
ما اشترط المنكح من
كان أباً أو غيره من حباء
أو كرامة فهو للمرأة أن
ابتغته **ع** قال مالك في المرأة
ينكحها أبوها ويشترط
في صداقها الحباء يحب به
أنه ما كان من شرط يقع
به النكاح فهو لا بنته إن
ابتغته وإن فارقها زوجها
قبل أن يدخل بها فلز وجهها
شطر الحباء الذي وقع
به النكاح **ع** قال مالك في
الرجل يزوج ابنه صغيراً
لا مال له أن الصداق على
أبيه إذا كان الغلام يوم
تزوج لا مال له وإن كان
لغلام مال فالصداق في
مال الغلام إلا أن يسمى
الأب أن الصداق عليه
وذلك النكاح ثابت على
الابن إذا كان صغيراً وكان
في ولاية أبيه

الأب والذي يقتضيه عندي المذهب أن ذلك على الأب مع الإبهام لأنه هو المتولى للعقد عليه والافتاق عنه فيجب أن يكون ما يعقد عليه به بدمته مع الإبهام (مسئلة) فان صرح الأب بأن الصداق على الابن فقد روى محمد بن القاسم أنه على الأب دونه قال وقال أصبغ ان كتبه على الابن برضا الزوجين له أن يكون هكذا على الابن مجرد فهو على الابن كما لو اشترى سلعة قال وانما ينزوم الأب اذا زوجه منها والابن عديم وقال محمد بن قول ابن القاسم أحب الى أنه على الأب وان كتبه على الابن حتى يوضح ذلك بان يقول ولست منه في شيء لكنك لعمري على ابني ولا فرق بين هذا الذي قاله ابن المواز وبين ما أنكروه عن أصبغ في موضع لم يتعرض له أصبغ وانما يظهر من غوى كلامه وهو اذا قال الأب ان الصداق على ابني وسكت عنه في ذلك فهو بمنزلة أن يخالف أصبغ قول محمد لقوله وانما يكون على الأب اذا زوجه منهما * وأما المسئلة التي نص عليها أصبغ من قوله اذا رضى المزوجون بكون المهر على الابن فالتكاح ماض (فرع) فاذا قلنا أنه على الابن فطلقها الابن موسرا فان نصف الصداق على الابن وان كان معسرا فلا شيء منه على الابن قاله ابن القاسم في المدنية (فرع) واذا قلنا أنه على الابن فقد قال ابن المواز يكون الابن بالخيار اذا بلغ فان دخل لم يكن عليه الا صداق المثل قال عيسى عليه الصداق المسمى

(فصل) وقوله فان كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام إلا أن يسمى الابن الصداق عليه وهذا كما قال ابن الصبي اذا كان له مال فأبهم الابن على المهر فان المهر في مال الصبي قال القاضي أبو محمد لأن من حق عقود المعاوضات أن يكون العوض على من ملك المعوض منه كما لو اشترى له ثوبا أو عقارا (مسئلة) فان شرط الابن ذلك على نفسه قال محمد بن عيسى عن مالك يترتب له ثوبا عاجلا والآجل وان كان الابن عديما ووجه ذلك أنه ألزم نفسه ما لا انعقد بسببه عقد فزومه أداؤه كما لو قال زيد ببيع هذا الثوب من عمرو وثمنه على فان هذا يلزمه في يسره وعدمه (فرع) ولو كبر الابن وأراد الدخول بأهله والأب معسر أخرج الابن الصداق من ماله ثم يتبع به أياه ديناً عليه قاله مالك في المدنية (مسئلة) ولو كان الابن الصغير ملياً ببعض المهر فلم أر فيه نصاً * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أنه يكون في مقدار ماله من المهر بمنزلة الغني وما زاد على ذلك مما لاقاه به مال الابن فحكم الابن فيه حكم من لا مال له والله أعلم (مسئلة) وأما في نكاح التفويض فان تزوجه الأب صغيراً لا مال له فلم يفرض له مهر احتي بلغ الغلام فالصداق على الابن فان مات الأب فالصداق في ماله قاله عيسى ووجه ذلك أن وقت تعيين محل الصداق هو وقت العقد لأنه لا بد أن يكون للصداق محل يوم العقد ولا ينتقل عنه لعسر ولا يسر كنكاح التسمية

(فصل) وقوله وذلك النكاح ثابت على الابن اذا كان صغيراً وكان في ولاية أبيه ومعنى ذلك أن النكاح لازم له لأن عقد الأب نكاح ابنه الصغير جائز وبه قال أبو حنيفة وعروة والزهرى وطاوس وقال الشافعي ان كان الابن سليماً جاز للأب أن يزوجه وان كان الابن الصغير مجنوناً لم يجز لأب ولا غيره أن يزوجه والدليل على جواز ذلك أن هذا صغير فجائز أن يجبره الأب على النكاح كالصبي ودليل ثان أن كل عقد جاز للأب أن يعقده على الصغير السليم جائز أن يعقده على الصغير المجنون كالبيع (فرع) ويجوز لغير الأب من الأولياء أن يزوجه الصغير اليتيم قاله القاضي أبو الحسن ويريد به الوصى أو الحاكم وقد قاله القاضي أبو محمد في معونه مفسراً وقال ابن حبيب لا يجوز لأحد من الأولياء تزويج الصغير قبل بلوغه لا الأخ ولا الجد ولا العم ولا أحد الأوصى أو السلطان أو خليفة الذي

يولييه ماله قال والفرق بينه وبين اليتيمة التي لا يزوجهما قبل البلوغ إلا الأب أن اليتيم ان كره هذا
النكاح استطاع التخلص منه بالطلاق واليتيمة لا تقدر على ذلك بعد البلوغ فلم تجبر عليه وقال
الشافعي لا يجوز ذلك لغير الأب والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة فجاز للولي أن يعقده
على اليتيم إذا رآه حطاً كالبيع والشراء (فرع) إذا ثبت ذلك فلا خيار للصبي إذا بلغ وبه قال
الشافعي وقال أبو حنيفة له الخيار إذا بلغ وبه قال عمر بن عبد العزيز وطاوس وعطاء وابن شبرمة
والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة عقده الولي على الصبي فلم يثبت له الخيار ابتداء عند بلوغه
كالبيع (مسألة) وهذا كله إذا كان الأب صحيحاً فإن كان مريضاً ضمن صداق الابن ففي
الموازاة عن مالك يجوز النكاح ويبطل الضمان قال الشيخ أبو محمد يريد إذا مات الأب قال محمد
كل للابن مال أو لم يكن وجه ذلك أن ما تمحله من الصداق عن الابن وصية لو ارث فلا يلزم إلا
بإجازة الورثة (فرع) إذا ثبت ذلك فإن بلغ الابن في مرض الأب فأراد الدخول بها أو أراد الدخول
بعد موت أبيه كان لها الامتناع حتى يدفع المهر وإن أرادت أن تتبع الزوج به فللوصي أن رأى
غبطة أمضاه بأداء المهر من مال الصبي والافسخه قاله في الموازية ووجه ذلك أن ما عقده الأب على
الابن قد منع منه فليس للزوجة أن تنقله إلى غيره إلا باذن الوصي (فرع) ولو بلغ الصبي في مرض
الأب فدخل بزوجه فقد قال مالك ترد المرأة ما أخذت من مال الأب وتتبع به الزوج قال محمد فإن لم يكن
بيدها من ذلك قدر ربع دينار منع منها حتى يدفع اليها ربع دينار ووجه ذلك أنها قد أسلمت نفسها
إليه فلم يكن لها الامتناع منه إلا بحق الشرع والله أعلم (مسألة) ولو زوج ابنته في مرضه
وأصدقها عن الزوج ففي الموازية النكاح صحيح غير مختلف فيه واختلف في المهر فقال ابن القاسم
وأشهب هو عطية لابنته ولا يكون في ماله وقال مالك وابن وهب وعبد الملك هو عطية للزوج نافذة
من ثلثه الآن يكون أكثر من صداق مثلها فترد الزيادة وهذا أخذ ابن المواز وابن حبيب ورواه
أبو يزيد في العتية عن ابن القاسم وجه القول الأول أن العطية إنما توجهت إلى ابنته في حال لا يجوز له
ذلك ولو ملك العطية زوجها على وجه يفعل بها ما يشاء ويصرفها إلى ما يشاء لجاز ذلك ووجه القول
الثاني أن النكاح صحيح وذلك يقتضي أن الهبة توجهت إلى الزوج ولو كانت الهبة لابنته لعرا
النكاح عن عوض ولا وجب ذلك فساداً والله أعلم (فرع) فإذا قلنا بالقول الأول فقد قال ابن القاسم
وأشهب في العتية يقال لابن الأخ إن أدبت الصداق من مالك ثم النكاح وإن أبيت بطل النكاح
قال ابن وهب في العتية ولا شيء للزوج في مال الميت وهذا عندني يجب أن يكون حكم الزيادة على مهر
مثلها على قول مالك الآن تشاء الزوجة أمضاء النكاح وترد الزيادة إن كانت تملك أمرها (فرع)
فإن أبي الزوج دفع المهر من ماله فارق ولا شيء عليه قاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن وهب في العتية
إن أبي الزوج فلا شيء في مال الأب الميت قيل له فهذا يدل على أنها وصية للميت قال إنما هي وصية للزوج
على شيء إن فعله ثم له وإن لم يفعله لم يتم له (فرع) وإن طلق قبل البناء وقبل موت الأب ففي
العتية من قول ابن القاسم لها نصف المهر من ثلثه ولا شيء للزوج في النصف الباقي وهذا رجوع من
ابن القاسم إلى قول مالك وفي الموازية قال أشهب من أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته ولم
يدخل بها زوجها ثم مات الأب فإنه يؤخذ ذلك من ماله قال محمد فقد ترك قوله الأول أنها عطية للبنت
قال عبد الملك وقد قال ابن دينار وغيره من أصحابنا لا شيء لها من تركه الأب لأنه أعطها على أن
دخل بها الزوج ثم لها وإن طلقت أخذت بمعنى الوصية في تركه أبيها لأنه عطية فيلزم الزوج من

نكاحه فلم تجب عليه فيه عطية فليس بمقبوض وما وجب عليه فهو كالمقبوض (فرع) فاذا قلنا ان الصداق في مال الأب ان كان له مال فقد قال أشهب في الموازية لاسيلا للزوج اليها الآن يؤدي الصداق ويتبع به الميت (مسألة) قد تقدم حكم المحجور عليه لصغر من الذكور وحكم البنات وأما المحجور عليه لسفه فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه ان الأب يجبره على النكاح وكذلك وصي الأب والسلطان وخليفة السلطان وقال عبد الملك لا يزوجه من يلى عليه الا برضاه وجه القول الأول انه محجور عليه في ماله ونكاحه فكان لمن له الحجر عليه جبره على النكاح كالصغير والعبد وجه قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم ان من ملك الطلاق من الأحرار لم يجبر على النكاح كالرشد (فرق) والفرق بين السفه يجبره وليه على النكاح ولا يجبر السفه ان السفه والصغير يملك ازالة ذلك عند رشده والمرأة بخلاف ذلك (مسألة) فان تزوج السفه بغير اذن الولي فنكاحه موقوف على الفسخ ان رأى وجهه رشدا أمضاه وان رأى غير رشده كالعبد يتزوج بغير اذن سيده فان أجاز له الولي على ما عقد له ذلك وان رده قبل البناء فلا شيء عليه من مهر ولا غيره وكانت طلقه واحدة وان رده بعد البناء فقد قال عبد الملك ترد الزوجة ما قبضت أو قبض ولا يترك لها شيئا وقال مالك وأكثر أصحابه يترك لها قال ابن حبيب القياس ما قال ابن الماجشون وقول مالك استحسان وجه قول ابن الماجشون ان ما سلم الى السفه على وجه المعاوضة بطل جميع عوضه كالبيع وجه قول مالك ان البضع لا يحل بذله بغير عوض فيلزم المحجور فيستوفيه على وجه مباح أقل ما يكون عوضا له لانه بذلك يتميز من السفاح وما زاد على ذلك فلا تأثير له في الإباحة فيرد عليه ويخالف هذا البيع لانه يصح بذلك بغير عوض وجه آخر وهو ان السفه اذا انتفع بما اشترى بغير اذن وليه لزمه قيمته فكذلك يلزمه ما استباح به البضع اذا استوفاه (فرع) فاذا قلنا بقول مالك في الموازية وغيرها عن مالك يترك لها ربع دينار وقال مالك في الواخعة وغيرها يترك لها قدر ما يستعمل به مثلها ولم يحد وروى ابن حبيب عن ابن القاسم يترك للدنية ربع دينار ولذات القدر أكثر من ذلك وقال أصبغ بحسب ما يراه مما لا يرى يبلغ صداق مثلها ولا تذهب بغير صداق وفي المدينة عن ابن القاسم يترك لها ثلاثة دنانير أو أربعة أو نحو ذلك وقال ابن نافع يترك لها من المائة دينار عشرة دنانير وجه قول مالك ما قدمناه من ان الربع دينار أقل ما يستباح به البضع وكذلك قوله في الواخعة يترك لها قدر ما يستعمل به مثلها يقتضي ان ذلك قيمة بضعها لمن لا يستديم النكاح وأما سائر الأقوال فاستحسان وبها كانت مقتضى الفتوى في مسألة شغل عنها فأجاب بذلك والله أعلم (مسألة) فان لم يعلم بنكاحه حتى مات أحدهما نظر فان كان هو الذي مات فقد قال ابن القاسم في الموازية ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وعبد العزيز بن أبي حازم لا ميراث بينهما قال ابن حبيب ولا صداق وروى أصبغ عن ابن القاسم يتوارثان ويمضي الصداق لهما من ماله لان النظر قد فات بموته وروى ابن المواز عن أصبغ ثرته وينظر الولي فان رآه مما كان يجيزه فلها الصداق مع الميراث وان رآه مما لم يمكن يجيزه فلها الميراث دون الصداق ان كان لم يبين بها وان كان بنى بها فلها ربع دينار وجه القول الأول انه عقد نكاح عقده محجور عليه بغير اذن وليه فكان للولي النظر فيه بالرد أو الإجازة أصله حال الحياة وجه قول ابن القاسم ما احتج به من ان النظر قد فات بموته ومعنى ذلك ان النظر في ماله انما هو لحقه بوقت يحتضن بحال حياته وأما بعد موته فليس بوقت نظره ولذلك جازت وصيته ولم تجز هبته حال حياته

دينار وذلك أدنى ما يجب به القطع * ش وهذا كما قال لأنه لا يجوز أن تنكح امرأة بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو عرض قيمته ذلك وهو المقدار الذي يجب فيه القطع في السرقة ولا خلاف أن أكثر المهر لا يتقدر ذكره القاضي أبو محمد وقال الشيخ أبو اسحق لأحب الاغراق في كثير من المهر قال القاضي أبو محمد وأما أقل المهر فإنه يتقدر وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يتقدر ويجوز عقده بالحبّة والحبّتين والشئ الطفيف والدليل على ما نقوله أن هذا سبب لاستباحة العضو بما لا يجب أن يكون مقدراً كالتسرة ودليل ثان أن ما قضر عن ربع دينار لا يصح أن يكون مهراً أصل ذلك ما لا يصح أن يكون ممناً كشرة البيضة وفلقه الحبّة * واستدلال في المسئلة وهو أن المقدار يؤثر في العقود مما لا يؤثر في الصفات ولذلك قلنا أن الزيادة في المقدار تمنع بدل ما يجري فيه الراب من العين وغيره بعضه ببعض ولا يمنع ذلك الزيادة في الصفات ثم ثبت وتقرر أن النقص في الصفات مؤثر في صحة المهر فلا يجوز بالقرون والجرار المكسورة لنقصان صفاتها فبأن يؤثر نقص المقدار في ذلك أولى وأحرى (فرع) إذا ثبت أن أقل المهر يتقدر فان أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم وأجاز ابن وهب من رواية ابن حبيب النكاح بدرهم وروى عن ربيعة جوازه بنصف درهم وقال ابن شبرمة أقل ذلك خمسة دراهم وقال أبو حنيفة أقل المهر عشرة دراهم أو دينار وقال النخعي أربعون درهماً وقال ابن جبير خمسون درهماً ودليلنا أن هذه المسئلة مبنية عندنا على أن يد السارق تقطع ربع دينار فان لم يسلم لنا ذلك نقلنا الكلام إلى القطع في السرقة وان سلم لنا قسنا عليه بأنه عضو مستباح بما لا فوجب أن يتقدر بما أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم (فرع) إذا ثبت ذلك فنزوح بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم فإنه يخير قبل البناء بين إتمام الثلاثة دراهم أو الفسخ قال ذلك جماعة من أصحابنا قال سحنون وقد قال بعض الرواة يفسخ وان أتم ثلاثة دراهم فاذا قلنا بالرواية الأولى فإن أتم المهر فهو على نكاحه وان أبى من ذلك ففسخ النكاح بينهما بتطليقة وكان لها نصف الدرهمين قاله ابن الموزان وجماعة من أصحابنا وقال الشيخ أبو اسحق لا شيء لها وجه قولنا لها نصف الدرهمين أنه صدق اختلف أصحابنا في صحته فلذلك حكم لها بنصفه ووجه القول الثاني وعليه جماعة من المتأخرين أن هذا مهر ففسخ النكاح لعدم صحته فاذا فسخ قبل الدخول لم يجب نصفه أصل ذلك إذا كان الفساد في جنسه (مسئلة) وان بنى بها لزم النكاح قال ابن الماجشون ويلزمه مهر المثل وقال ابن القاسم وأشهب ويتم لها ثلاثة دراهم وجه قول ابن الماجشون أن الفساد في المهر فاذا فسخ النكاح بالبناء لزم الزوج مهر المثل وجه قول ابن القاسم أن جنس المهر صحيح واتمادخل الفساد في مقداره فوجب تصحيحه في المقدار لا في الجنس وقد رخصت بما دون الربع دينار من ذلك الجنس فاذا بلغت ربع دينار فلا زيادة لها عليه ألا ترى أنها لو تزوجت بدينار نقداً ودينار مؤجل إلى موت أو فراق وكان مهر مثلها ألف دينار ففات المهر بالبناء أنها لا تزداد عند ابن القاسم على الدينارين (فرع) إذا ثبت ذلك فإن الفساد يدخل في المهر من جهتين أحدهما من جهة العدد وقد تقدم ذكره والثانية من جهة الجنس وفي ذلك بابان * الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس * والباب الثاني في حكم النكاح المنعقد على ذلك

(الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس)

المهر على ضربين منافع وأعيان وقد تقدم الكلام في حكم المنافع والكلام هنا في حكم الأعيان وذلك أن الأعيان على ضربين ضرب يجوز تملكه كاللذائير والدرهم والحيوان

دينار وذلك أدنى ما يجب به القطع.

والعروض وضرب لا يجوز تملكه كالخمر والخنزير والأحرار من بني آدم فأما ما يجوز تملكه فانه على قسمين معين وغير معين فأما المعين فانه يجوز عقد النكاح به ما لم يمنع من ذلك عذر غالب وذلك على وجهين حاضر وغائب فأما الحاضر فيجوز النكاح به كالنكاح بالدنانير والدرهم والعقار والحيوان والعروض والمكيل والموزون من الطعام وغيره جزافاً وغير جزاف لأنه عقد معاوضة وأما ما يكون فيه عذر غالب كالفترة التي لم يبدصلاحها على التبقية أو الجنين في بطن أمه فان القاضي أباحه قال لا خلاف في منع العقد به لأنه غرر ولا يجوز عقد النكاح بمعين لا يملكه النكاح كدار زيد وعبد عمرو ورواه ابن المواز عن القاسم (مسئلة) فان كانت الأعيان غائبة كالعبد الغائب على مسيرة شهر فقد روى محمد عن ابن القاسم لا بأس به إلا أن يكون بعيداً جداً كخراسان والأندلس فأكرهه لا نقطاع خبره وقال ابن حبيب عن مالك مثل أفریقیة من المدينة فلا خير فيه فان كان قريب الغيبة مما لا يجوز التقديف كاليومين والثلاثة جاز دخول النكاح قبل قبضه وان كان بعيد الغيبة لم يجز ذلك فان قدم ربع دينار وان ساء مع العبد رواء محمد عن ابن القاسم وقال ابن حبيب ان كانت غيبته على مثل الشهر والعشرة أيام جاز لنا كح البناء قبل القبض بخلاف البيع ويستحب له أن يعجل ربع دينار ولا يكون العبد المعين الغائب والارض الغائبة الا موصوفة قربت الغيبة أو بعدت ولو كان في المنزل رواء ابن المواز لانه اذا عدت الرؤية والصفة كان مجهولاً

(فصل) وأما ما لا يجوز تملكه فعلى ثلاثة أضرب لا يستدام ملكه وضرب لا يملك جله وضرب ثالث يمنع من تملكه حق الغير فأما لا يستدام تملكه فمثل أن يصدقها أباً أو من يعتق عليها من ابن أو أخ فقد روى في المختصر ابن عبد الحكم عن مالك أن ذلك جائز لانها تملكه بالعقد وكل ما جاز أن يكون عوضاً في البيع فانه يكون عوضاً في النكاح قال ابن عبد الحكم عن مالك ويعتق عليها قال الشيخ أبو بكر سواء كانت موسرة أو معسرة لانه لما أصدقها من يعتق عليها فقد أذن لها في ذلك قال ابن حبيب عن أشهب وأصبغ وكذلك لو أمهرها عبداً يكون لغيره الا صداق لها غير ذلك فانه جائز كما يجوز في البيع ولو تزوجها على أن يعتق أباها أو أحداً من يعتق عليها ودوفي ملكه فقد قال ابن الماجشون النكاح مفسوخ لانها لا تملك منه شيئاً (مسئلة) فان تزوجها بما لا يصح أن تملكه كالخمر والخنزير والحرق فقد قال القاضي أبو محمد العقد غير صحيح وقال أبو جنيفة والشافعي العقد صحيح والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد ومن جهة القياس ان هذا معنى لا يصح أن يكون مهر الحق الله فوجب أن يكون المهر فاسداً كالبيع في نكاح الشغار واذا تزوجها بغير فقد روى العتي عن أصبغ يفسخ النكاح اذا عرف فاحريته وان جهل ذلك أحدهما لم يفسخ وروى عن سحنون ما ظاهره انه يفسخ وان لم تعلم ذلك المرأة (مسئلة) وأما ما يصلح أن تملكه و يمنع منه حق الغير كالدار المغصوبة فان كان ماله فيه شبهة كالابن الصغير في ولايته فان ابن حبيب قال لم يختلف أصحابنا اذا كان الأب موسراً يوم الامهار فذلك جائز للزوجة ووجه ذلك ما رواه ابن المواز عن مالك انه قال وذلك مثل ما لو اشتراه لنفسه منه قال مالك سواء بنى بها أو لم يبن قرب ذلك أو بعد عامت به المرأة أو لم تعلم عرضاً كان أو رقيقاً أو غيره ويتبع الابن الأب ببقية ماله فيما حكمنا ببقية أو بمثله فيما لم يملكه فان كان الأب معسراً فروى ابن المواز عن مالك هو للمرأة ورواه ابن حبيب عن ابن القاسم وأصبغ وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لاشئ فيه للمرأة وجه القول الأول انه عاوض بماله ابنه الذي يليه فيه فوجب أن يجوز عليه في عدم الأب وغناه كالموابعه

ووجه قول ابن الماجشون انه اراد استهلاك مال ابنه ولا مال له فوجب أن يمنع منه كماله ووجه لاجني (فرع) فاذا قلنا انه للابن فقد قال ابن الماجشون انه له وان بنى أبوه بالمرأة وقال مطرف انما ذلك له ما لم ين بها فان بنى بها فهو للمرأة وجه قول ابن الماجشون انه أخذ مال ابنه بغير عوض نصير اليه فلم يكن ذلك لمن صيره الله كماله ووجه لاجني ووجه قول مطرف ان المعاوضة فيه قدمت لاستيفائه البضع بخلاف الهبة قال ابن حبيب وهذا ما لم يتقدم الامام الى الأب في أن لا يتزوج بمال ابنه فان تقدم اليه في ذلك لم يجر منه شيء والابن أحق به من المرأة في عدم الأب بنى أو لم ين وهذا لا يختلف فيه ووجه ذلك ان تقدم الامام حكم بمنع منه وبالله التوفيق قال محمد عن ابن القاسم وان كان الولد ممن لا ولايته عليه كالكبير أو ولد الولد فانه ينتزع من المرأة ان وجد فان لم يوجد فلا شيء لهم عليها الا أن يكون ثوب البسته أو طعاماً كته قال عيسى بن ابن القاسم سواء علمت أو لم تعلم ووجه ذلك انه بمنزلة من ابتاع من غاصب فلا ضمان عليه الا أن يكون استهلك ما ابتاع (مسئلة) وان لم يكن فيه شبهة ملك مثل أن يكون عبداً سرقة أو غصبه فقد روى العتيبي عن سعد بن عبد الله ان النكاح ثابت ان لم تعلم بذلك الزوجة وان علمت بذلك ففسخ قبل البناء وثبت بعده

(فصل) فأما الاعيان التي ليست بمعمنة وانما ثبتت في الذمة فان كانت مما يجوز أن يكون عوضاً في البيع منه يجوز أن يكون عوضاً في النكاح وقد يختلفان في معنى الحلول والتأجيل فيجوز أن يتزوج بعبد في ذمته غير موصوف وعما الوسط من ذلك وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز الا أن يكون موصوفاً والدليل على من نقوله قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ودليلنا من جهة المعنى اتفاقهم على جواز النكاح بمهر المثل وفيه من الغرر أكثر مما يجوزناه مع اسناده الى المعروف من عبيد ذات البلد القيمة الوسطى يوم العقد رواه ابن المواز عن ابن القاسم ويكون له مع عدم الجنس ثلثا بريق البلد من السودان أو الجمران فان استوا فلهما نصفهم من الجمران ونصفهم من السودان قاله سعد بن العتيبي وعليه الاثان لم يذكر كورا ولا اثاناً قال مالك في العتبية عليه الاثان لانه عرف الناس وان تجهزها بجهز بيت جاز ذلك ولها الوسط من جهاز مثلها من أهل الحاضر وان كانت حضرية أو من أهل البادية ان كانت بدوية رواه ابن القاسم عن مالك

(الباب الثاني في حكم النكاح المنعقد على ذلك)

اذا وقع الفساد في النكاح لفساد المهر فقد قال القاضي أبو محمد لا خلاف في منعه ابتداءً فان وقع ففيه رأتان احدهما انه يفسخ العقد قبل البناء وبعده والاخرى يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويجب صدق المثل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان النكاح صحيح ولا يفسد بفساد المهر ويجب فيه مهر المثل فاذا قلنا ان العقد فاسد فوجه قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم فعلق الاحلال بشرط أن يبتغى بأموالنا والخروج من ريس بمال لنا وهذا عندى على القول بدليل الخطاب ومن جهة المعنى ان هذا عقد معاوضة فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع ووجه آخر انه أحد العوضين في النكاح فوجب أن يفسد النكاح بتعريضه كتعريض البضع ووجه التصحيح ان عقد النكاح مقصوده المكارمة والمواصلة فلذلك يفسد بفساد الثمن ولذلك جاز عقد النكاح من غير تسمية المهر ولا يجوز ذلك في البيع (فرع) هذا الذي ذكره القاضي أبو محمد بلفظ الصحة والفساد ثم قال وقد اختلف أصحابنا في تأويل قول مالك يفسخ قبل

الدخول ويثبت بعده فثم من حمله على الايجاب تغليظا وعقوبة ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطاً وخروجاً من الخلاف فان وقع الدخول لم يفسد لان الصداق قد وجب فلا يوجد المعنى الذي لاجله فسخ قبل الدخول ومعنى قوله يفسخ قبل الدخول ردعاير يدايه يكون الرجوع بما يلزم من الطلقة فان تزوجها بعد ذلك رجعت اليه على طلقتين وقوله في وجه الاستحباب انه اذا وقع الدخول وجب الصداق على وجه الصحة فلم يفسخ بطرد على قول من قال ان الفسخ قبل البناء واجب بفساد المهر فلما انتقل بالبناء الى مهر المثل صح وعرا النكاح عن فساد المهر * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أن الفسخ واجب وهو ظاهر قول المتقدمين من أصحاب مالك وانما ذهب الى الاستحباب المتأخرون من أصحابنا حين ألزمهم المخالف ان العقدان كان انعقد على الفساد فلا يخرج عن ذلك بالبناء وما قاله المتقدمون جاز على قولهم في البيع الفاسد لفساد العوض يفسخ قبل الفوات ولا يفسخ بعد الفوات وما قاله المخالف غير لازم وقد بينته في كتاب السراج بما يغني الناظر فيه ان شاء الله

﴿ارضاء الستور﴾

ص * مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة اذا تزوجها الرجل انه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق * مالك عن ابن شهاب أن زيد بن ثابت كان يقول اذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق * شن قوله رضي الله عنه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق يريد اذا خلا الرجل بامرأته وانفردا نفردا بينا فقد وجب اكمال الصداق على الزوج وظاهر هذا اللفظ يقتضي أن بالخلوه يجب على الزوج اكمال الصداق وان لم يكن الميسر غير أن معناه عند مالك فيأمره عن ابن وهب أنه أريد بالحديث اذا أرخيت الستور خلوه وأريد بقوله فقد وجب الصداق اذا ادعت المرأة الميسر بمعنى أن الخلوه شهادة لها جارية ان الرجل متى خلا بامرأته أول خلوه مع الحرص عليها والتشوف اليها فانه فلما يفارقها قبل الوصول اليها فهذا الذي أراد بقوله فقد وجب الصداق ولم يرد أن الصداق يجب بنفس الخلوه وان عرا من الميسر قال وقد أحكم كتاب الله هذا في قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وقاله أصبغ وابن حبيب وهذا قال من الصحابة ابن عباس وزاد القاضي أبو الحسن وابن مسعود وطاوس وبه قال الشافعي في الجديد وهو قول ابن سيرين وقال أبو حنيفة يكمل الصداق بنفس الخلوه قال القاضي أبو الحسن وبه قال من الصحابة عمر وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل ومن التابعين الزهري وعروة بن الزبير وعطاء بن أبي رباح وأما على قول عمرو بن زيد فقد بينا تأويل مالك لهما ويجوز أن يكون قول على يحتمل مثل ذلك من التأويل والله أعلم والدليل على ما ذهب اليه مالك ما احتج به من قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهذا قد طلق قبل الميسر ودليلنا من جهة القياس ان هذه خلوه عريته عن المتعة فلا يجب بها اكمال الصداق أصله اذا كان بمحض الحكم أو كان الزوج محرماً أو صاماً ص * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول اذا دخل الرجل بالمرأة في بيتها صدق عليها فاذا دخلت عليه في بيته صدقت عليه قال مالك أرى ذلك في الميسر اذا دخل عليها في بيتها فقالت قد مسني وقال لم أمسها صدق عليها فان دخلت عليه في بيته

﴿ارضاء الستور﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة اذا تزوجها الرجل انه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أن زيد بن ثابت كان يقول اذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول اذا دخل الرجل بالمرأة في بيتها صدق عليها واذا دخلت عليه في بيته صدقت عليه قال مالك أرى ذلك في الميسر اذا دخل عليها في بيتها فقالت قد مسني وقال لم أمسها صدق عليها فان دخلت عليه في بيته

فقال لم أمسها وقالت قد مسني صدقت عليه ❦ ش قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه هذا خلاف لما تأوله أصحابنا على عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذلك أنهم جأوا قول عمر على أن بالخلو حيث كانت يكون القول قول الزوجة في دعوى المسيس وان أنكره الزوج وجأوا قول سعيد ابن المسيب هذا على أن الخلو على سبيل الالتذاذ بالزوجة والقبل دون البناء فقال ان كانت هذه الخلو في منزل الزوجة فالقول قول الزوج في انكار المسيس وان كان في منزل الزوج فالقول قول الزوجة في دعوى المسيس لما قدمناه من انبساط الزوج وقلة هيئته في منزله وما جبل عليه الناس من الانقباض والهيبة والحياء في المنزل الذي يزور فيه فأما خلو السفلاء في حيث كانت أو جبت تصديق الزوجة وقد قال مالك بكلا القولين وقد روى ابن وهب عن مالك أنه قال حيث أخذ الغلق الزوجين في أهلها أو في أهلها فالقول قول المرأة ان ادعت المسيس وبه أخذ ابن وهب (مسئلة) فان أقرت بالخلو أو قامت بها بينة فحكمه ما قلناه وان لم تكن بينة ولا قرار فقد روى ابن حبيب عن أصبح ان البين على الزوج في دعوى المسيس عليه ان أنكر الخلو وادعت ذلك الزوجة قال وقد كان ابن القاسم يقول اذا ادعت المسيس في أهلها وقد عرف اختلافها أو لم يعرف لزمه البين في الأمرين فان حلف برئ وان نكل غرم جميع الصداق ووجه ذلك أن الأصل في استصحاب حال الفعل عدم ما يشهد لها ويجعل قولها الأظهر فالقول قوله فان حلف برئ وهذه فائدة يمينه وان نكل فعليه الصداق ولم يذكر أن البين ترد على المرأة (فرع) وهذا اذا كانت نيا ودعا الزوج الى أن ينظر اليها في كتاب محمد بن مالك هي مصدقة ولا ينظر اليها وقد قال القاضي أبو محمد في التي تنكر الوطء والزواج بدعيه أن من أصحابنا من قال في البكر ينظر اليها ويحتمل أن يكون ههنا مثله (فرع) وسواء كانت الزوجة في حال يحل وطؤها أو لا يحل كالمصائمة في رمضان والمحرمه والخائض رواه محمد بن ابن القاسم فان كانت الخلو في نكاح فاسد فقد روى محمد بن مالك انه قال اذا كان النكاح مما يفسخ ولا يقر عليه بحال أن القول في ذلك كله قول المرأة اذا أرخيت الستور ووجه ذلك أن هذا معنى يجب به كمال المهر مع خلو الزوج في النكاح الصحيح فوجب أن يكمل في النكاح الفاسد كالأقرار بالوطء (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الموجب عندنا في كمال الصداق بالبناء هو الوطء بمغيب الحشفة وان لم يكن غير ذلك هذا قول جماعة شيوخنا ووجه ذلك أن الأحكام انما تتعلق بمغيب الحشفة من وجوب الغسل ووجوب الحد واحلال المطلقة وافساد الحج والصوم وغير ذلك من الأحكام فأما الخلو والتلذذ فلا تتعلق به الاحكام فلا اعتبار بها (فرع) وهذا اذا كان التلذذ في الخلو أو المدة اليسيرة بعد البناء فأما اذا قام معها المدة الطويلة كالعام ونحوه فقد حكى القاضي أبو الحسن أن لها جميع المهر ومن أصحابنا من قال لها نصف المهر قال القاضي أبو الحسن وهذه الرواية المعول عليها ووجه قولنا ان لها جميع المهر انما هو عوضا من طول تلذذه بها وتغيير جهازها ووجه قولنا لها نصف المهر أنه نكاح عرى عن المسيس فلم يجب فيه بالطلاق غير نصف المهر أصله اذا طلق قبل البناء

❦ المقام عند الأيم والبكر ❦

ص ❦ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة

فقال لم أمسها وقالت قد مسني صدقت عليه

❦ المقام عند الأيم والبكر ❦

* حدثني يحيى عن مالك

عن عبد الله بن أبي بكر

ابن محمد بن عمرو بن حزم

عن عبد الملك بن أبي بكر

ابن عبد الرحمن بن الحارث

ابن هشام المخزومي عن

أبيه أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم حين تزوج

أم سلمة

وأصبحت عنده قال لها ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقال ثلثت ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة وأصبحت عنده يقتضى أنه قال لها ذلك في أول يوم أصبحت فيه عنده وقبر وى أنه قال لها ذلك بعد انقضاء الثلاثة أيام رواء مسلم من حديث عبد الملك بن أبي بكر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تزوج أم سلمة فدخل عليها فأراد أن يخرج أخذت بثوبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان شئت زدتك وحاسبتك به البكر سبع والثيب ثلاث ويحتمل أن يكون قال لها ذلك صلى الله عليه وسلم أول يوم فاخترت الثلاثة ثم قال ذلك بعد انقضاء الثلاثة الايام حين تعلقت بثوبه اعادة للتخير

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ليس بك على أهلك هوان يريد أنها ليست بهينة عليه بل يريد اكرامها وموافقة ارادتها في المقام عندها وانه ان أقام عندها ثلاثة أيام مع ان المقام عند البكر سبع فليس لهوانها عليه وانما ذلك لأن حق سائر الزوجات متعلق بالمقام عندها فان سبع عندها وزاد على المقام عند الثيب فلا بد أن يقضى سائر نسائه من المدة مثل ذلك ويسقط حكم الثلاث عند الثيب لأنه وان كان الحق لها في مقام ثلاثة أيام فليس لها أن تتصل بما بعدها فيسقط لذلك حكم الثلاث ويبقى مجرد التيسيع تضمننا لارادة أم سلمة رضي الله عنها فلا بد من مثل ذلك عند غيرها من أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وان اقتصررت على الحق الواجب لها من التثليث لم يقض سائر الأزواج شيئا واستأنف القسمة وهذا يقتضى أن المقام عند الثيب حق لا يقضى به سائر الزوجات مقاما ولا هن فيه اعتراض لتعليقه ذلك بعشيرة أم سلمة دون مشيئته وقد اختلف أصحابنا في ذلك هل هو حق للزوج أو الزوجة قال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان قال وفائدة الخلاف أنه اذا كان حقه جاز له فعله وتركه واذا كان حق الزوجة لم يكن له تركه الا باذنها فوجه القول بأنه حق للزوج قوله في حديث أم سلمة ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وان شئت ثلثت ودرت فأخبر بان ذلك على وجه الاكرام فالظاهر أنه ليس من حقوقها لأن الاكرام لا يستعمل في إتياء الحقوق وانما يستعمل في اعطاء ما ليس بحق للمكرم ولو كان ذلك من حقوقها لقال ليس بنا منع حقتك ووجه قولنا بأنه من حقوق الزوجة قوله في حديث أنس للبكر سبع والثيب ثلاث وقد أسنده ابن وهب في غير الموطأ ومن جهة المعنى أن الغرض تأنيس المرأة وبسطها واذهاب ما يلحقها من الانتقاص والخبول وهذا من حقوقها وقد حكى القاضي أبو الحسن أنه حق لها جميعا وهو قول صحيح عندي (فرع) فان قلنا انه حق للزوج فله يقضى به على الزوج أم لا قال أصبغ في الموازنة هو حق عليه ولا يقضى به عليه كالمصلحة وفي النوادر عن محمد بن عبد الحكم يقضى به عليه فوجه القول الاول أنه حق للزوج سببه المكارمة فلم يقض به على الزوج كالمصلحة ووجه القول الثاني أنه حق للزوج من المقام عندها فوجب أن يقضى به على الزوج كالتقسيم بين الزوجات (فرع) وهل يكون ذلك للزوج اذا لم يكن عنده غيرها روى أبو الفرج عن ابن عبد الحكم أن ذلك على الزوج وان لم يكن له نساء غيرها وقال ابن حبيب لا يلزمه المقام عندها اذا لم يكن له غيرها وجه القول الاول ان طريق ذلك التأنيس وحاجتها الى ذلك اذا لم يكن له غيرها كحاجتها اذا كان له غيرها ووجه القول الثاني ان هذا مقام عند الزوجة فلا يلزم من ليس له غيرها كالتقسيم

(فصل) وقوله ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن يريد التخيير لها في ذلك قال القاضي أبو

وأصبحت عنده قال لها
ليس بك على أهلك هوان
ان شئت سبعت عندك
وسبعت عندهن وان
شئت ثلثت عندك ودرت
فقال ثلث

الحسن ان اختارت التسبيع قضى سائر نسائه سبعاً ساعداً وقال ابن المواز عن مالك لا يغيرها في ذلك
وقدمت السنة بان يقيم عندها ثلاثاً وجه القول الاول التعلق بظاهر الحديث ووجه القول الثاني
التعلق بما ثبت من الفعل فصار ذلك حكماً على جميع الزوجات والله أعلم ص * مالك عن حميد
الطويل عن أنس بن مالك انه كان يقول للبكر سبع والثيب ثلاث قال مالك وذلك الأمر عندنا *
ش قوله للبكر سبع والثيب ثلاث يقتضى ظاهره انه حق للمرأة ولو كان حقاً للزوج لقال للزوج
في البكر سبع وفي الثيب ثلاث وبهذا قال من الصحابة أنس ومن التابعين فن بن عبد الله النخعي والشعبي
والشافعي واحد بن حنبل وقال سعيد بن المسيب والحسن البصري للبكر ثلاث ثم يقسم والثيب
بومان ثم يقسم وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة لا تفضل الجديدة على القديمة بكراً كانت أو ثيباً
والدليل على ما قلناه ما رواه البخاري قال حدثنا يوسف بن راشد قال حدثنا أبو أسامة عن سفيان
قال حدثنا أبو بوب وخالد عن أبي قلابة عن أنس قال من السنة اذا تزوج الرجل البكر أقام عندها سبعاً
وقسم واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم قال أبو قلابة ولو شئت لقلت ان أنس أرفعه إلى النبي
صلى الله عليه وسلم ودليلنا من جهة المعنى ان الطائفة يليقها من الاستيعاش والانتقباض ما يحتاج به
إلى التأنيس وذلك لا يكون الا بطول المقام عندها ولما كانت البكر أكثر حياء وانتقباضاً
احتاجت من التأنيس أكثر مما تحتاجه الثيب وهذا التعليل على أصل من جعله حقاً للزوجة وأما
على أصل من جعله حقاً للزوج فقد قال القاضي أبو محمد لما كان التذاذل زوج بالطائفة أكثر من
التذاذه بالقديمة جعل له من المقام عندها ما يصل به إلى ذلك (فرع) والحرية كالأمة في ذلك قاله
القاضي أبو الحسن ووجه ذلك انها زوجة تحتاج إلى التأنيس كالحرية (فرع) وهل يختلف
العروس في هذه المدة عن صلاة الجماعة والجمعة روى في العتبية ابن القاسم عن مالك لا يختلف عنها
قال سحنون وقد قال بعض الناس إنه لا يخرج وذلك لها بالسنة وجه قول مالك انه ان كان حقاً
للزوج فان الزوجة لا تملكه وان كان حقاً لها فانها لا تملك منه الا ما زاد على وقت أداء الصلاة ووجه
رواية سحنون ان من ملك منافع أجبر في مدة ما فانه تسقط بذلك عنه فرائض الجمعة وحقوق اتيان
الجماعات كالسيد في عبده ص * قال مالك فان كانت له امرأة غير التي تزوج فانه يقسم بينهما بعد
أن تمضي أيام التي تزوج بالسواء ولا يحتسب على التي تزوج ما أقام عندها * ش وهذا كما قال وذلك
انه اذا تزوج امرأة وكان عنده غيرها فأقام عند الحديثة ما قدمناه من المقام الثابت في حقها فانه
يقسم بينهما وبين القديمة بعد ذلك على السواء وبيانها يبدأ قال ابن المواز عن مالك يبدأ بآبائهما أحب
وأحب إلى أن يبدأ بالقديمة كأنه من عند الاخرى خرج (مسئلة) وأى وقت يبدأ بالمشى على نسائه
قال مالك في كتاب محمد له أن يبدأ بالليل قبل النهار أو بالنهار قبل الليل ووجه ذلك ان الذي عليه
أن يكمل للواحدة يوماً وليلة هو التغير في أن يبدأ بأي الزمان شاء على ان أظهر من أقوال أصحابنا
انه يبدأ بالليل (مسئلة) وصفة القسمة أن يكون عند كل واحدة يوماً وليلة قاله ابن حبيب قال
ولا يجوز أن يقسم لكل واحدة يومين رواه ابن المواز عن مالك قال ولو جاز لجاز ثلاثاً وأربعاً
وجه ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها ان سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان النبي صلى
الله عليه وسلم يقسم لعائشة يوماً وها يوم سودة ووجه ذلك من جهة المعنى ان في تطويل المدة على
النساء بالغيب عنهن اضراراً بهن وما قصير من مدة مغيبه عنهن أرفق بهن وليس في المدد ما يتبين
تعبده ويمكن التساوي فيه أقصر من مدة يوم وليلة (فرع) وسواء في ذلك الصغيرة والكبيرة

* وحدثني عن مالك عن
حميد الطويل عن أنس
ابن مالك أنه كان يقول
للبكر سبع والثيب ثلاث
قال مالك وذلك الأمر
عندنا قال مالك فان كانت
له امرأة غير التي تزوج
فانه يقسم بينهما بعد أن
تمضي أيام التي تزوج
بالسواء ولا يحسب على
التي تزوج ما أقام عندها

والصحة والمريضة التي لا توطأ والرتقاء وغيرها ووجه ذلك انه متى اسقسك بهن فحقهن متساو
في الزوجة فوجب أن يتساوى بينهما في القسمة

﴿ ما لا يجوز من الشروط في النكاح ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها أن لا يخرج بها من
بلدها فقال سعيد بن المسيب يخرج بها ان شاء ﴿ ش قوله في المرأة التي تشترط على زوجها أن
لا يخرج بها من بلدها ان له أن يخرج بها ان شاء ومعنى ذلك انه لا يلزمه بالحكم وأما على الوفاء لها
ما شرطت عليه من ان لا يخرجها من بلدها وما أشبه ذلك فانه مأثور به رواه محمد عن أشهب
عن مالك فبين تزوج امرأة على أن لا يمنعها الخروج الى المسجد فانه ينبغي أن يفي لها بذلك ولا
يقضى به عليه وقال ابن حبيب وقد استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفي لها بما شرطت وان ذلك
غير لازم للزوج وعليه جمهور الفقهاء وقد روى ابن المواز عن ابن شهاب انه كان يوجب عليه
ما التزم من الشروط في النكاح وان لم تكن معلقة بيمين وروى عبد الرزاق عن شريح انه قضى
به بالأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ويدل على ذلك ما رواه البخاري قال
حدثنا عبد الله بن يوسف قال أخبرنا الليث قال حدثني يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير عن عقبة بن
عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج وتعلق
ذلك بالوفاء لها دليل على انه لا يحكم به عليه وان ذلك مصروف اليه (مسئلة) وهذه الشروط في
الجملة مكرهة قال ابن حبيب يكره أهل العلم الشروط في النكاح وإيقاع شهادتهم عليها وروى
أشهب عن مالك في كتاب محمد والعتي اني لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد لا يخرجها من بلدها
ولا يمنعها من داخل يدخل عليها ولا يمنعها من حج ولا عمرة قال فاذا كان هكذا فهو لا يملكها اذا
ملكها تاما ولا يستباح البضع الا بملك تام ويكره أن يشترط في تملكه هذه الشروط التي تمنع تمام
ملكه كما لو شرطت في ملك اليمين قال مالك ولقد أشرت منذ زمان أن أنهي الناس أن يتزوجوا
بالشروط وأن لا يتزوجوا الا على دين الرجل وأمانته وانه كتب بذلك كتابا وصح به في الأسواق
وتعلق في ذلك ابن حبيب بماروى عن عائشة قالت قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال
الناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وان
شرط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق ﴿ اذ اثبت ذلك فان هذه الشروط على ضربين ﴿ أحدهما
أن تكون غير مؤثرة في النكاح ﴿ والثاني أن تكون مؤثرة فيه فأما التي لا تؤثر فيه فهي التي لا تؤثر
في جهالة المهر ولا تغير مقتضى العقد مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها ولا يتخذ أم ولد ولا يخرجها
من بلدها ونحو ذلك من الشروط فهذه قال ابن حبيب لا يبلغ من كراهية أهل العلم لها أن تكون
حراماً أو يفسخ بها النكاح (فرع) اذ اثبت ذلك فلا يخلو أن يشترط هذا الشرط ولا يسقط لها
شيء به أو يشترطه ويسقط لها به حقاً فقد قدمنا انه يؤمر بالوفاء به ولا يحكم عليه بذلك وان أسقطت
بسببه حقاً من مهر أو غيره فلا يخلو أن تسقطه حين العقد أو بعده فان كان أسقطها حين العقد فإني
ذلك لا يؤثر فساداً في العقد وقال الشافعي ان ذلك يفسد العقد والدليل على ما نقوله ان هذه
الشروط لا تؤثر في المهر فلم يوجب فيه فساداً أصل ذلك اذا شرطت بعد العقد (فرع) إذا
ثبت ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك انه يخرجها ولا ترجع عليه بشيء مما أسقطته إياه وروى

﴿ ما لا يجوز من الشروط
في النكاح ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك
انه بلغه أن سعيد بن المسيب
سئل عن المرأة تشترط
على زوجها انه لا يخرج
بها من بلدها فقال سعيد
ابن المسيب يخرج بها ان
شاء

أشهب وابن نافع وعلى بن زياد في المدونة عن مالك أن كان بقي لها من المهر مثل مهر مثلها لم ترجع عليه بشئ وإن كان أقل من مثلها فلها أن ترجع عليه زاد ابن حبيب ترد إلى مهر مثلها ومثله في العتبية وفي كتاب محمد ترجع عليه بما وضعت فتأخذه ولعله يريد بما وضعت من مهر مثلها وجه رواية ابن القاسم ما احتج به من أن ما أسقطته لم يثبت لها قط زاد ابن حبيب فكان بمنزلة ما يذكر في النكاح للسمعة وعلى هذا الوجه ذكره في الصداق ولم يرض الزوج أن يثبت لها في ذمته ووجه قول أشهب أنه عوض أسقطته في مقابلة ما لم يصح لها فوجب أن ترجع بما بذلته من العوض أصل ذلك أنها أسقطته بعد العقد (مسئلة) وأما أن أسقطت بعض مهرها بعد انعقاد النكاح فشرطت عليه بذلك شروطا قال محمد مثل أن لا يخرجها ولا يتزوج عليها غيرهما فإن له أن يفعل ذلك كله ولها أن ترجع فيما وضعت ووجه ذلك أن هذا مما استقر ملكها عليه فإذا عوضته به على وجه لم يف لها به وجب رد ذلك إليها كالأعطية على ذلك شيئا من مالها الذي بيدها * وأما الضرب الثاني وهو الذي يؤثر في عقد النكاح فهو ما أترجها له في المهر أو غير بعض ما اقتضى العقد كالاختيار ونحوه وذلك مثل أن يتزوج المرأة بشرط أن لها من النفقة كذا في كل شهر وتشتري نفقة خدامها أو نفقة ابنها من غيره أو على أن لا نفقة لها فهذا كله يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويسقط الشرط ووجه ذلك ما قدمناه من أن هذا الشرط قد أترجها له في العوض ففسد لذلك العقد قبل البناء ويثبت بعده والله أعلم

ص * قال مالك فالأمر عندنا أنه إذا اشترط الرجل للمرأة أن كان ذلك الشرط عند عقدة النكاح أن لا أنكح عليك ولا أتسرى أن ذلك ليس بشئ إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه ويلزمه * ش وهذا كما قال وذلك أن مجرد الشرط لا يلزم في شئ من الأشياء شرط بها أن لا ينكح عليها ولا يتسرى معها أو غير ذلك من الشروط وله أن يفعل ذلك كله ولا شئ عليه فيه ولا يمنع من فعله إلا أن يقيد الزوج ذلك بيمين فتلزمه تلك اليمين سواء علق يمينه بطلاق أو عتاق أو غيره من الإيمان التي تلزم الآن الذي يحكم به عليه من ذلك الطلاق والعتق وأما ما يحلف به من اليمين بالله أو المشي أو غير ذلك فإنه ان خالف ما حلف لها عليه حنث لكنه لا يحكم عليه بالكفارة وقد اختلف في الصدقة ونحن نبين ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى (مسئلة) وإذا زوج الصغير وليه وألزمه شروطا قيدها بتمليك أو طلاق أو عتق فعند ابن القاسم لا يلزم شئ من ذلك بالزام الولي وفي العتبية من رواية ابن أبي زيد عن ابن وهب أن ذلك يلزمه إذا بلغ بنى أو لم يبن وجه قول ابن القاسم أن هذه أيمان فلا يعقدها أحد عن أحد كالأيمان بالله تعالى ولذلك لم تلزم بمجرد الشرط حتى يقترب بها الأيمان ووجه قول ابن وهب أنها شروط فلزمت بالزام الولي كصفة الصداق (فرع) فإذا قلنا بقول ابن القاسم فإن دخل بها بعد البلوغ وبعد العلم بما عقد عليه فقد قال ابن القاسم هذا التزام منه لها قال أبو عبد الله بن العطار في وثائقه وقد قيل لا يلزمه ذلك وجه قول ابن القاسم أن دخوله بها مع العلم بما انعقد عليه رضاه والتزامه فوجب أن يلزمه كما يلزمه بقوله رضيت بذلك ووجه القول الثاني أن هذه أيمان لم يلزمها بنطق ولا فعل يقوم مقام النطق إذ له أن يقول رضيت بالنكاح ولم أرض الشرط فلم يلزمه كما لا يلزمه باستدامة العقد بعد البلوغ (فرع) وإن علم بذلك بعد البلوغ وقبل البناء وكره التزامها فعند ابن القاسم يقال له أما أن تلزم وأما أن ينصرف الخيار لها قال أبو عبد الله بن العطار لا يلزمه ذلك وله أن يبنى بها الآن يتطوع بالتزامها وجه القول الأول أن نكاحها انعقد على التزام ذلك فليس له التزام النكاح واسقاطها

* قال مالك فالأمر عندنا أنه إذا اشترط الرجل للمرأة أن كان ذلك الشرط عند عقدة النكاح أن لا أنكح عليك ولا أتسرى أن ذلك ليس بشئ إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه ويلزمه

ووجه القول الثاني ان هذه شروط لم يلزم النكاح فيها عينا فكان له امضاء النكاح واطراحها كالمولم تعلق الشرط بنكاح ولاعتق (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم وكره الزوج التزامها خبرت الزوجتين اسقاطها واستدامة النكاح والمطالبة بها وابطال النكاح فان اسقطت الشرط لزمه النكاح دون شرط وان لم تسقطها فارق وهذا اذا كانت مالكة امرها فقد قال أبو عبد الله ذلك الى وليها في اسقاط الشرط والمنع من ذلك وفي هذا الذي قاله عندى نظرا لان الولي ان كان وصيا فائمه ان ينظر في مالها واختيار الكفو لها وأما في القسم والتكليف لها فلا نظر له فيه وأما ان كان غير وصي فلا ولاية له بالاختيار الكفو ولورضيت هي بالنكاح بغير شرط لما كان له المنع من ذلك ولو أبت النكاح الا بشرط لما كان له اطلاق ذلك وقد اختلف قول مالك في المدونة في رضاها بأقل من مهر مثلها وان كان مالا فكيف بما لا تعلق له بالمال وقد قال مالك في الموازية في الذي يخبر زوجته قبل بلوغها وقيل البناء بها فاخترت نفسها فهو طلاق (فرع) اذا ثبت ذلك فهل تكون فرقتهما بالابانة فسخا أو طلاقا الظاهر من قول ابن القاسم أنه طلاق والظاهر من قول أصبغ انه فسخ وجه القول الأول ان هذه فرقة مصر وفتا الى اختيار الزوج فكانت طلاقا أصل ذلك اذا طلق ابتداء ووجه القول الثاني ان هذه فرقة تثبت لعدم التراضي فكانت فسخا أصل ذلك قبل تمام العقد وهل لها نصف المصداق روى أصبغ عن ابن القاسم لها نصف المصداق وقال أصبغ لاشئ لها منه واختاره محمد لا الا لأن تكون اسقطت الشرط وطلق واطلاق قبل أن يعلم بالشرط فعليه نصف المصداق (فرع) فان دخل بها قبل العلم وبعد البلوغ فقد قال ابن القاسم لا يلزمه ذلك وقال أبو عبد الله بن العطار لا تنفعه والشرط يلزمه وقيل لا يلزمه وجه القول الأول انها تركت التعرز والاستيثاق حين أسامت نفسها من غير توقيفه على الشرط ووجه القول الثاني ان دخوله رضا بما عقد عليه لتركه التعرز والنظر فيما عقد عليه فلزمه ذلك كما لو علم (فرع) ولو اختلفا فقال الزوج عقدت على الشرط وأنا صغير وقالت الزوجة أو الولي عقدت وأنت كبير ففي العتية عن ابن القاسم على الزوج البينة والاحلف الولي لانه كان العاقد للنكاح ولزمه الزوج الشرط ووجه ذلك أن انعقاد النكاح متفق عليه فمن أراد أن يثبت فيه ما يوجب الخيار في حله فهو مدع والله أعلم

﴿ نكاح المحلل وما أشبهه ﴾

ص ﴿ مالك عن المسور بن رفاعه القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعه بن سموأل طلق امرأته نعمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه فافرقها فأراد رفاعه أن ينكحها وهو زوجها الأول الذي كان طلقها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقهاه عن تزويجها وقال لا تحلل لك حتى تدوق العسيلة ﴾ ش رواه يحيى بن يحيى وجماعة من رواة الموطأ الزبير بفتح الزاي فهما وقال ابن بكير الأول بالضم قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني وعبد الغنى وغيرهما من الحفاظ هو الصواب وهو الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير بن باطيا اليهودي القرظي قتل الزبير يوم قريظة والله أعلم والذي وقع في روايتي من طريق يحيى بن يحيى بن يحيى بن عبد الرحمن بضم الزاي والله أعلم (فصل) قوله ان رفاعه طلق امرأته ثلاثا فيحتمل من جهة اللفظ أن يوقعها في مرة واحدة ويحتمل أن يوقعها في ثلاث مرات يطلق ثم يرجع ثم يطلق غير أن ايقاعها عنسالك في مرة غير جائز وسيرد

﴿ نكاح المحلل ﴾

وما أشبهه ﴿

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن المسور بن رفاعه القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن رفاعه بن سموأل طلق امرأته نعمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه فافرقها فأراد رفاعه أن ينكحها وهو زوجها الأول الذي كان طلقها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقهاه عن تزويجها وقال لا تحلل لك حتى تدوق العسيلة

(فصل) وقوله فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسيها فقار قها بر بد أنه لما عترض عنها ومنع وطأها فارقها ويحتمل أن يكون فارقها حين لم ترد البقاء معه على ذلك ولكن أضاف الفراق إليه لما كان هو الفاعل له ولعله لما علم بكر اهبتها لذلك بادى بفرأها من غير أن يتأجل في ذلك أجلا أو يعالج مداواة ومعاناة

(فصل) وقوله فأراد فإذاعة أن ينكحها يجتمل أن يكون اعتقد أن الثلاث لم تحرمها ولعله لم يكن نزل بعد قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولعله علم أن الثلاث تحرمها وطن أن عقد الزوج عليها يحلها فلما ذكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاحها وأعلمه أن المانع له من نكاحها باق لأنه قال له لا حتى تذوق العسيلة فأخبره أن التحلل انما هو بالوطء وانفرد سعيد بن المسيب بقوله أن عقد الثاني يحلها للاول وان لم يكن وطء ولعله لم يبلغه الحديث لأنه نص في مخالفة قوله وقدرى ابن القاسم عن مالك أنه قال العسيلة فيما نرى والله أعلم اللذة ومجاوزة الختان الختان وروى نحوه ابن مزين عن عيسى بن دينار زاد ابن مزين أن نزل أول من نزل وانفرد الحسن البصري بقوله لا يحلها الا الوطء وفيه انزال ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها سئلت عن رجل طلق امرأته ألبتة فزوجها بعده رجل آخر فطلقها قبل أن يمسا هل يصح لزوجها الاول أن يتزوجها فقالت عائشة لا حتى يذوق عسيلتها * مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد سئل عن رجل طلق امرأته ألبتة ثم تزوجها بعده رجل آخر فأتته قبل أن يمسا هل يحل لزوجه الاول أن يراجعها فقال القاسم بن محمد لا يحل لزوجه الاول أن يراجعها * ش قول عائشة في المطلقة ثلاثا يتزوجها زوجها فيطلقها قبل أن يمسا فاقدم مثله مسندا عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد تقدم الكلام عليه بما يغني عن اعادته (مسئلة) والاعتبار في نكاح التحليل بنية الزوج قال مالك في الموازية والعتبة لا يجوز أن يتزوجها علمت هي وزوجه الاول أو لم يعلما فإذا لم ينو الزوج الثاني التحليل فهو جائز وان علمت المرأة التحليل وسألتها ما دخل بها الطلاق أو خالعت به مال فذلك جائز قال مالك في الموازية لا يضر الزوج ما نوبت الزوجة لان الطلاق بيده دونها (فرع) والنية المصححة للعقد أن يتزوجها لحاجته اليها قال ابن حبيب وان تزوجها فان أعجبته أمسكها والا كان قد احتسب في تحليلها الآخر لم يجز لما خالط نكاحه من نية التحليل ولا تحلل بذلك للاول (فرع) وقول ابن القاسم في التي توفي عنها زوجها قبل أن يمسا لا تحلل بذلك لمن طلقها قبله ثلاثا لأنه نكاح ليس فيه مسيس فلم يتعلق بذلك حكم الاحلال لان الاحلال لا يكون بالعقد وانما يكون بالوطء لكن يعتبر فيه صحة العقد وان كانت وفاة الزوج يقع بها كمال المهر فانه لا يقع به الاحلال ولا الاحسان والفرق بينهما ان المهر انما يكون في مقابلة استحابة العضو والمواصلة مدة العمر فاذا وجد موت أحدهما فقد انقضت مدة المواصلة فوجب جميع المهر كما يجب بالوطء وأما احلال الزوجة للطلق ثلاثا فانه يحصل بالوطء وليس في موت الزوج الثاني معنى من معاني الوطء فتحصل بالاباحة ولا خلاف في ذلك وهذا ان أقرب الزوجة بعدم الوطء فان ادعته فلا يتحلل وان تدعيه بعد البناء أو قبله فان ادعته قبل أن يبنى بها وقدها الزوج الثاني ولم يعلم ميتة عندها فانها لا تحلل بذلك للاول (مسئلة) فان ادعت ذلك وقد بنى بها الثاني وبات عندها ليلة واحدة ومات فقد قال ابن القاسم ان ذلك عليها زوجها الاول وان كان طلقها وادعت المسيس

* وحدثني عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
القاسم بن محمد عن
عائشة زوج النبي صلى
الله عليه وسلم انها سئلت
عن رجل طلق امرأته
ألبتة فزوجها بعده
رجل آخر فطلقها قبل
أن يمسه هل يصلح لزوجها
الأول أن يتزوجها
فقالت عائشة لاحتى
يذوق عسيلتها* وحدثني
عن مالك أنه بلغه أن
القاسم بن محمد سئل عن
رجل طلق امرأته ألبتة
ثم تزوجها بعده رجل آخر
فأتى عنها قبل أن يمسه
هل يحل لزوجها الأول أن
يراجعها فقال القاسم بن
محمد لا يحل لزوجها الأول
أن يراجعها

وأنكره الزوج فقد قال مالك لا يحلها ذلك للطلق ثلاثا وقال ابن القاسم تدين ويباح له نكاحها ثلاثا وقال ابن القاسم ان كان الزوج يدكر ذلك عند الفراق لم يحلها ذلك وان قال ذلك بعد الفراق لم يقبل قوله وحلت للطلق ثلاثا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي ان كل موضع تصدق فيه على الزوج في دعوى الوطء فانها تصدق فيه في احلالها للدول وأما كل موضع لا تصدق فيه على الزوج اذا أنكر الوطء فان دعواها الوطء بعد وفاة الثاني لا يحلها للدول ولم أر فيه نصا والله أعلم (مسئلة) ويعتبر في صحة الاحلال الوطء بعقد النكاح فان وطئها بملك يمين فقد قال محمد لا يحلها ذلك الوطء وانما يحلها الوطء بالنكاح فتعتبر فيه صحة العقد وصحة الوطء فأما العقد فان يكون المقصود به الرغبة في النكاح مع صحة العقد فان صح العقد وتزوجها بيمين لزمته أن يتزوج على امرأته في المدينة ان كان مثله يتزوج مثلها فقد خرج عن يمينه وحلت للطلق ثلاثا وقال محمد بن دينار لا تحلل للدول بذلك وان أقامت عند الثاني سنتين أو أكثر لانه لم يتزوجها رغبتا وانما قصد أن يبر في يمينه وأما صحة الوطء فسيأتي ذكره في الاحسان ان شاء الله تعالى ص * قال مالك في المحلل انه لا يقيم على نكاحه حتى يستقبل نكاحا جديدا فان أصابها فلها مهرها * ش وهذا كما قال وذلك انه لما كان نكاح المحلل نكاحا فاسدا المنافاته مقتضى النكاح ومقصوده لان المقصود به اباحة البضع لغير النكاح فوجب أن يفسخ وقد ذكر القاضي أبو محمد في ذلك قياسا وذلك انه قال ان هذا عقد وقع على وجه محظور استحق عاقبه به العن فوجب أن يكون باطلا أصل ذلك شراء الخمر (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يحكم عليه بالفرقة قبل البناء وبعده رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك قال ابن المواز يفسخ نكاحه بطلقة بائنة ان ثبت ذلك باقراره ولو ثبت بعد البناء اقراره بذلك قبل البناء فليس بنكاح * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه ان ثبت اقراره بذلك قبل النكاح فانه يدخله الخلاف الذي في النكاح الفاسد المختلف في فساد (فرع) وهل يجوز هذا للمحلل أن يتزوجها بعد أن فرق بينهما ما بعد البناء روى أشهب عن مالك في الموازية له ذلك وأحب الى أن لا ينكحها أبدا ووجه ذلك انه أراد تعجيل استباحة البضع على الوجه المحظور كالنكاح في العدة غير أن النكاح في العدة محله لنفسه بالعقد والوطء فوقع تأييد التحريم عليه وفي مسئلتنا أراد تعجيله لغيره فلم يبلغ مبلغ التحريم وانما اقتضى الكراهية والله أعلم (مسئلة) ويجب عليه أن يأتي الزوج الاول فيعلم انه قصد تحليلها له لينزع ذلك من نكاحها قاله ابن حبيب ووجه ذلك أن لا يفتقر الآخر بظاهر فعله ولا يعلم مقصده فيكون هو سبب واقعة الحرام

(فصل) وقوله فلها مهرها هكذا رواه يحيى بن يحيى وروى ابن بكير فلها مهر مثلها وتابعه على ذلك القعني ورواية يحيى أظهر لانه نكاح فسد لعقده فيجب بالدخول المهر المسمى وروى ابن عبد الحكم عن مالك لها مهر مثلها على رواية ابن بكير والقعني وهو مذهب الشافعي وقال ابن المواز بل لها المهر المسمى وهو قول مالك وهو الأنظر لما قدمناه

* ما لا يجمع بينه من النساء *

ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها * ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها يقتضي العموم من جهة اللفظ غير أن التحريم اذا علق على النساء فان

قال مالك في المحلل انه لا يقيم على نكاحه حتى يستقبل نكاحا جديدا فان أصابها فلها مهرها * ما لا يجمع بينه من النساء * حدثني يحيى عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها

المفهوم منه الوطء كما انه اذا علق على الطعام فهم منه اللباس فيجب أن يحمل على الوطء أو على كل معنى مقصوده الوطء فأما الوطء فإنه يملك بهمين وأما العقد الذي مقصوده الوطء فإنه النكاح ويخالف في ذلك ملك اليمين فإنه يجوز للإنسان أن يملك من لا يبطأ كالاخت من الرضاة والخاله والعمة من النسب ولا يجوز عقد نكاح على من لا يجوز وطؤها الرجل من النساء (مسئلة). فأما ما لا يجمع بينهما بعقد النكاح فإن الأصل فيه قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف والعمة مع ابنة أخيها والخاله مع بنت أخيها بمثابة الاختين في ذلك والأصل فيه من جهة السنة الحديث المتقدم ومن جهة المعنى أن الاختين والعمة والخاله مع ابنة الأخ وابنة الأخت بمن يلزم بعضهم لبعض المواسلة للرجم القريبة الوشيجة وغيره الضم اثر تورث القطيعة وتمنع المواسلة فنع من الجمع بينهما لذلك لأنه سبب لما يمتنع من القطيعة وما يمنع مما يجب عليهما من المواسلة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فإن الجمع بينهما بالنكاح يكون على ضربين أحدهما أن يجمع بينهما في عقد واحد والثاني أن ينكح أحدهما بعد الأخرى فإن جمع بينهما في عقد واحد فقد قال مالك في المدونة أن كل امرأتين يجوز له أن ينكح أحدهما بعد الأخرى لا يجوز له أن يجمع بينهما فإن جمع بينهما في عقد واحد فإنه يفسخ نكاحه لهما جميعا وليس له أن يحبس واحدة منهما بنى بهما أو بواحدة منهما أو لم يبن ووجه ذلك أنه قد منع أن يجمع بينهما في عقد النكاح فاذا انعقد نكاحهما على الوجه الممنوع به ففسخ نكاحه لهما قبل البناء وبعده لأن الفساد في العقد (مسئلة) فإن أفرد كل واحدة منهما بعقد ثبت نكاح الاولى وفسخ نكاح الثانية دخل بهما أو باحدهما كانت الاولى أو الأخرى قاله مالك في المدونة ووجه ذلك ما احتج به من أن عقد الاولى صحيح لأنه عرى عن الفساد بالجمع بينهما ونكاح الأخرى فاسد لما تعلق به من الجمع بين الاختين فلما اختص الفساد بنكاح الثانية وجب أن يفرد بالفسخ (فرع) وبما إذا عرف الأولى منهما أن شهد بذلك الشهود فالحكم فيه على ما تقضيهم وإن شهد الشهود بالزوجة ولم يوقنوا ولا علموا الاولى من الأخرى فقد روى محمد عن أشهب أن الزوج مصدق في تعيين الاولى من الأخرى وينزل عن التي زعم أنها الأخرى ولا شيء لها إن كان لم يمس قال محمد وهذا عندنا صواب ووجه ذلك أنه اذا شهد الشهود بذلك فقد شهدوا بصحة أحد العقدین وفساد الآخر ولم يعينوا الفاسد من الصحيح فلم يشهدوا لاحداهما بعقد صحيح فاذا لم يكن أحديهما غير الزوجة قبل في ذلك تعيينه قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي أن الأخرى لو ادعت أنها الاولى للزم الزوج اليمين في ذلك لأنه لا يرد أن يسقط عن الاولى نفس صداقها وعندي أن فسخ نكاحها يكون طلاقا

(فصل) وأما اذا ملك عصمة احدهما وطئ الثانية بملك اليمين فلا يخالو أن يكون عقد النكاح هو السابق أو الآخر فإن كان عقد النكاح هو السابق فقد روى محمد عن ابن القاسم أنه ان نكح إحدى الاختين فلم يبن بها حتى وطئ الثانية بملك اليمين أنه يوقف عنها حتى يحرم فرج أمته عليه ولا يفسد ذلك النكاح وقال أشهب بل يبطأ الزوجة لأن فرج أمته عليه حرام منذ عقد على أختها عقد نكاح ووجه قول ابن القاسم أنه قد وجد منه في كل واحدة ما يمنع من الأخرى فوجب أن يوقف عنها كما لو كانتا متين فوطئهما ووجه قول ابن القاسم أن النكاح في باب الاستمتاع ومنعه أقوى من ملك اليمين لأن مقصوده الوطء ومقصود ملك اليمين الملك دون الوطء ولو تزوج امرأة على أختها فوطئها لم يوقف عن الاولى فبأن لا يمنع منهما اذا وطئ الثانية بملك اليمين أولى وأخرى (مسئلة)

فان وطئ احدهما بملك اليمين ثم تزوج الاخرى قبل أن يحرم الامة على نفسه فقد قال محمد اختلف فيه أصحاب مالك فقال عبدالله بن عبد الحكم وأشهب نكاحه جائز وله أن يوطأ امرأته ولا يحدث تحريراً لغيره لان نكاح أختها قد حرّمها عليه وبه قال الشافعي وقال ابن القاسم لا يجوز أن يعقد النكاح حتى يحرم الامة على نفسه فان فعل وقت بعد النكاح لا يقرب واحدة منهما حتى يحرم على نفسه أيتهما شاء وقال عبد الملك يفسخ النكاح ولا يقرب على حال وهذا القول مع الذي قبله لابن القاسم في المدونة وجه رواية أشهب ما احتج به ووجه رواية الوقف أن التحريم انما يتضمن الجمع بينهما بملك نكاح أو وطء ولو طء الامة تأثير في المنع من استدامة امساكها مع ما يحرم عليه الجمع بينهما ولذلك اذا وطئ الاختين بملك اليمين منع من وطئهما حتى يحرم فرج احدهما ولعقد النكاح تأثير في الجمع بينهما فقد وجد في كل الجنبتين مؤثر في المنع فوجب أن يمنع منهما حتى يحرم احدهما كالأوطئ بملك اليمين وجه قول عبد الملك أن هذا ممنوع من الاستمتاع بهما لسبب الجمع بينهما فوجب أن يكون ممنوعاً من العقد عليها منعا يفسخ به عقده كالأوطئ لو كانت الاولى زوجة (مسئلة) والثاني لا يجوز الجمع بينهما من النساء قال ابن بكير ما كل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكراً لم يجعل له نكاح الاخرى لنسب أو رضاع أو نحوه رواه ابن اوزاع عن أشهب عن مالك الا ان هذا الذي ذكره على ضربين ضرب لاحداهما على الاخرى ولادة كالأُم مع البنت والجدّة مع الحفيدة فهذا الضرب سيأتي ذكره بعده هذا والضرب الثاني ليس لاحداهما على الاخرى ولادة كالأخت مع الأخت والخالة وبنت أختها والعمة مع بنت أخيها فهذا الضرب الذي يحرم الجمع بينهما في وقت واحد وان جاز أن يتزوج بعد الاخرى فلاخت هي الأخت للاب والأم وألاحدهما والعمة هي كل امرأة هي أخت لرجل له عليك ولادة والخالة هي كل امرأة هي أخت لامرأة لها عليك ولادة فاخت الجدّة للاب خالة وكذلك أخت أم الأب وأخت الجد للام عمّة وكذلك أخت أبي أم الأم (مسئلة) ويجوز الجمع بين المرأة وزوجة أبيها قاله غير واحد من أصحابنا وذلك أنه لا يتصور في الطرفين أن تكون كل واحدة منهما ذكراً فيجوز له نكاح الاخرى أو يحرم عليه لا يتصور أن تكون زوجة الأب ذكراً وقال ابن بكير ولو تصورنا هاذ كرام يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجل أجنبي والله أعلم ص **عن مالك عن يحيى بن سعيد** عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ينهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها وان يوطأ الرجل وليدة وفي بطنها جنين لغيره

وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول ينهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها وان يوطأ الرجل وليدة وفي بطنها جنين لغيره

غيره أو يزوجه فانه لا يحل لمن ابتاعها أو نكحها ووطئها بل لا يحل ابتاعها ولا نكاحها بوجه

وسند كره بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذلك لو كانت حاملا من زنا لم يجز وطؤها (فرع) واذا ثبت انه لا يجوز وطء وليدة من ذكر نالها فانه لا يجوز له أن يقبلها ولا يستمتع بها روى محمد عن ابن القاسم من كانت له أمة حامل من غيره لم يحل له أن يطأها ولا يقبلها ولا يبشرها ولا يلتذ بها بمنزولا غيره كان حملها ذلك من زنا أو غيره ولا يمس لها يد أو لرجلا

﴿ مالا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سئل زيد بن ثابت عن رجل تزوج امرأة ثم فارقه قبل أن يصيبها هل تحل له أمها فقال زيد بن ثابت لا الام مهمة ليس فيها شرط وانما الشرط في الربائب ﴿ ش قوله تزوج امرأة ثم فارقه قبل أن يصيبها يريد انه عقد نكاحها ثم طلقها قبل أن يطأها ثم أراد أن يتزوج أمها فسأل زيد بن ثابت هل يحل له ذلك فقال زيد بن ثابت الام مهمة يريد ان ذكرها في آية التعريم مطلق غير مقيد بصفة لانه قال وأمهات نسائكم فلم يقيد بالبناء ولا غيره وهذا معنى قوله ليس فيها شرط لان التقييد بمعنى الشرط لانه لم يشترط في تحريم الام دخول ولا غيره وقوله رضى الله عنه وانما الشرط في الربائب يريد أن التقييد انما ورد في الربائب في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فقيس تحريم ذلك بالدخول بالام فبقيت غير المدخول بها داخله تحت عموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم وهذا الذي ذهب اليه زيد بن ثابت هو قول عمران بن حصين وابن عمر وطاوس والزهرى والحسن البصرى وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعى وروى عبد الرزاق عن ابن عباس انه قال يجوز أن يتزوج الام ان لم يدخل بالبنت وبه قال علي بن أبي طالب رضى الله عنه وابن الزبير ومجاهد وروى عن زيد بن ثابت انه قال ان طلقها قبل الدخول جاز له أن يتزوج أمها وان ماتت قبل البناء به لم يجز له ذلك وقد أنكر هذه الرواية عنه القاضي قال وهي من رواية قتادة عن سعيد بن المسيب عنه قال وقد سمعت علي بن المديني يضعف في حديث قتادة عن سعيد قال أحسب ان بينهما رجلا لانه يخالف أصحاب سعيد والدليل على ما قدمناه قوله تعالى وأمهات نسائكم ولم يخص مدخولا بابنتها من غيرها فيجب حمله على عموم الاما خصه الدليل فان قيل فانه قد شرط في الربائب بعد هذا الدخول فقال وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم والشرط اذا وردت عقبه جل وجب تعلقه بجميعها كالاستثناء والجواب انه انما يجوز ذلك اذا صح أن يكون الكلام راجعا الى جميع المعطوف بعضه على بعض فاذا لم يصح ذلك ولم ينتظم عليه الكلام فانه يرجع الى ما يصح منه دون غيره ولا يصح في مسئلتنا أن يكون الشرط متعلقا بجميع ما تقدم من اللفظ ولا بالموضع المختلف فيه وأما امتناعه في موضع الخلاف فان النساء في قوله وأمهات نسائكم مخفوض بالاضافة والنساء في قوله وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم مخفوض بحرف الجر فلا يجوز أن يكون قوله اللاتي دخلتم بهن نعتا لهما لا اختلاف العامل فيهما هذا قول البصريين من النحاة وان كان قد أجاز الكوفيون لا تضافهما في الخفض وما قاله البصريون أولى لان الصفة تتبع الموصوف في المعنى واللفظ فيجب أن يكون العامل في الموصوف عاملا في الصفة ولذلك اذا قلت هذا غلام زيد العاقل وان كان خفض زيد بالاضافة خفض العاقل بذلك أيضا لانه يصح أن يقول هذا غلام زيد العاقل ولم يصح ذلك لم يصح كونه وصفه واذا قلت خذ من عمر والكريم درهما فان الكريم أيضا وصف

﴿ مالا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن يحيى بن سعيد أنه قال
 سئل زيد بن ثابت عن
 رجل تزوج امرأة ثم
 فارقه قبل أن يصيبها هل
 تحل له أمها فقال زيد بن
 ثابت لا الام مهمة ليس
 فيها شرط وانما الشرط في
 الربائب

لعمر ولانه يصح أن يحل محله فتقول خذ من الكريم درهما فإذا أردت أن تقول هذا غلام زيد
وخذ من عمر ودرهما الكريمين لم يجز لانه لا يجوز أن يحل محل زيد المضاف والعامل فيه من ولا
يجوز أن يحل محل عمر والمخفوض بمن والعامل فيه الاضافة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد تقدم قبل
هذا أن من يحرم الجمع بينهما على ضربين أحدهما يحرم الجمع بينهما ولا يحرم المعاقبة بينهما وهن ذوات
الحرام اللاتي ليس لبعضهن على بعض ولادة والضرب الثاني يحرم الجمع والمعاقة بينهما وهن ذوات
الحرام اللاتي لبعضهن على بعض ولادة كالأم مع بنتها والجدة مع جدتها فهؤلاء لا خلاف في أن وطء
أحدهن على وجه شبهة النكاح يحرم الأخرى على التأييد وهل يحرمها العقد بمجرد يختلف
حكمهن وسنبينه بعد هذا ان شاء الله ص * مالك عن غير واحد ان عبد الله بن مسعود استفتي
وهو بالكوفة عن نكاح الأم بعد البنت اذا لم تكن البنت مست فارخص في ذلك ثم ان ابن مسعود
قدم المدينة فسأل عن ذلك فاخبرانه ليس كما قال وانما الشرط في الربائب فرجع ابن مسعود الى
الكوفة فلم يصل الى منزله حتى أتى الرجل الذي أفتاه بذلك فأمره أن يفارق امرأته * ش قوله
ان عبد الله بن مسعود استفتي وهو بالكوفة يريد والله أعلم ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه أرسله
الى الكوفة ليعلمهم العلم ويقتي بينهم فاستفتي هناك عن هذه القضية في نكاح الأم بعد الابنة اذا لم
تكن الابنة مست فارخص في ذلك وقد قال القاضي أبو اسحق وأنا حسب ان الذين ذهبوا الى ان
أمهات الزوجات مثل الربائب انما ذهبوا الى قياس بعض ذلك على بعض من غير أن يكون النص
يوجهه يريدان النص لا يحتمل هذا التأويل ولا يجوز زججه على ذلك في لغة العرب فيحتمل أن يكون
عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أفتى في ذلك قياسا على الربائب وقد تقدم الكلام على ذلك من وجه
القياس بما يغني عن اعادته

(فصل) وقوله ان عبد الله بن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك يحتمل أن يكون سأل عن ذلك
مع اعتقاده صحة ما أفتى به ليعلم موافقة علماء المدينة له أو مخالفتهم إياه فبقية فعل ذلك الانسان فيا يعتقد
صحته من مسائل الفروع ليعلم ما عند غيره من العلماء في ذلك ويحتمل أن يكون قد ظهر اليه وجه
المسئلة فشبك في فتواه عند توجهه الى المدينة فسأل عن ذلك غيره ليظهر له حكم المسئلة وكان أهل
المدينة لكثرة العلماء به يرجع اليهم أهل الآفاق في الفتاوى لان الحق لا يكاد يخفى عن جماعة العلماء
مع البحث والنظر لان ما قصر عنه أحدهم استدركه سائرهم وأما الواحد فقد يتعذر عليه بلوغ المراد
من النظر في بعض الأوقات

(فصل) وقوله فاخبرانه ليس الأمر كما قال وانما الشرط في الربائب يريدانه ليس الأمر كما قال في
حكمه للأم بعد العقد بمثل حكمه للبنت بعد العقد على الأم من اعتبار الدخول بالاولى وذلك ان شرط
اعتبار الدخول انما يختص بالربائب دون أمهات النساء على ما قدمناه

(فصل) وقوله فرجع ابن مسعود الى الكوفة فلم يصل الى منزله حتى أتى الرجل الذي أفتاه بذلك
فأمره أن يفارق امرأته يريد تعجيل أمره له بالفراق واخباره بما يجب في ذلك وتقديمه على الوصول
الى منزله وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن يكون عبد الله بن مسعود قد ظهر اليه وجه الصواب في
خلاف ما أفتى به فتعجل استدراك الأمر في المستقبل والمبادرة الى منعه استدامة نكاح من محرم
عليه والثاني أن يكون عبد الله بن مسعود باقيا على مذهبه غير أن الحكم انما يجري على رأى الامام
فلزمه الرجوع الى قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه والأخذ به وحل الناس عليه وكذلك كل

* وحديثي عن مالك
عن غير واحد أن عبد
الله بن مسعود استفتي
وهو بالكوفة عن نكاح
الأم بعد الابنة اذا لم تكن
الابنة مست فأرخص
في ذلك ثم ان ابن مسعود
قدم المدينة فسأل عن ذلك
فأخبرانه ليس كما قال وانما
الشرط في الربائب فرجع
ابن مسعود الى الكوفة
فلم يصل الى منزله حتى جاء
الرجل الذي أفتاه بذلك
فأمره أن يفارق امرأته

ما اختلف فيه العلماء فان الرجوع فيه في كل عصر من الاعصار الى امام ذلك العصر اذا ظهر ذلك اليه ووقع فيه الاختلاف ص **قال مالك في الرجل تكون تحته المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انها تحرم عليه امرأته ويفارقهما جميعا ويحرم ان عليه أبدا** اذا كان قد أصاب الأم فان لم يصب الأم لم تحرم عليه امرأته وفارق الأم **ش** وهذا كما قال وذلك ان نكاح المرأة على ابنتها حرام فاذا وطئها حرمت عليه الأم لوطئها **وحرمت عليه الأم لعقده نكاح ابنتها فبطلت الحرة** جميعا تحريمها مؤبدا وان لم يكن أصاب الأم فارقها لانها حرام عليه لتقدم نكاح ابنتها وبقي على نكاح البنت لانه لم يوجد من وطئ الأم والالتذاذ بها ما يحرمها ونكاحها يكون على وجهين أحدهما أن يعقد عليها عقدا واحدا والثاني أن ينكح احدهما بعد الأخرى فان تزوجهما في عقد واحد وقد سمي لكل واحدة منهما صدا قافلا بخلاف أن لا يدخل بواحدة منهما أو ان يدخل باحدهما فان لم يكن دخل بواحدة منهما ففي المدونة من قول مالك يفسخ النكاح لا يقر على واحدة منهما ووجه ذلك انه عقد معاوضة لا يصح امضاؤه على وجهه لفساده فوجب ابطال جميعه أصل ذلك اذا ابتاع ثوبا وخزيراني عقد واحد (فرع) وهل له أن يتزوج الأم منها **قال ابن القاسم في المدونة** ذلك قال سحنون وقد قيل انه لا يتزوجها وجه القول الاول انه لم يوجز طه شبهة ولا عقد نكاح صحيح وانما ينشر الحرمة أحد هذين الأمرين وطه شبهة أو العقد الصحيح فأما العقد الفاسد بمجرد فلا تأثير له في ذلك كما لا يؤثر في استحقاق شيء من المهر ووجه قول سحنون ان المؤثر في الحرمة أمران العقد والوطء ثم ثبت وتقرر أن وطه شبهة ينشر الحرمة فكذلك عقد الشبهة (فرع) فان دخل باحدهما وكانت البنت هي المدخول بها فان الأم يتأبد بتحريمها ويفرق بينه وبين البنت ويستقبل نكاحا ان شاء بعد الاستبراء وان دخل بالأم تأبد بتحريم البنت وفسخ نكاح الأم وكان له أن يتزوجها بعد الاستبراء وعلى رواية سحنون يتأبد بتحريم الأم أيضا فان دخل بهاتأ بدتحريمهما قال ذلك كله مالك في المدونة ووجهه ان وطء كل واحدة منهما بشبهة نكاح يؤبد تحريم الأخرى (مسئلة) ولو أفر دكل واحدة بالعقد فتزوج الأم أو الأم البنت ولم يدخل بواحدة منهما فانه يفرق بينه وبين البنت ويثبت على نكاح الأم ولو بنى بالبنت لحرمت الأم على التأبيد وفرق بينه وبين البنت وكان له أن يتزوجها ان شاء فان بنى بها حرمت عليه على التأبيد قال ذلك كله مالك في المدونة ووجه ذلك ان العقد على الأم لا يحرم البنت ولا يبطل الا بوطء البنت ووطء الأم يؤبد تحريم البنت ووطء البنت بشبهة النكاح يؤبد تحريم الأم (مسئلة) فان تزوج البنت أولا ثم تزوج أمها فلم يكن بواحدة منهما فقد تأبد تحريم الأم بالعقد الصحيح على البنت وفسخ نكاح الأم ويثبت نكاح البنت وكذلك لو بنى بالبنت دون الأم فان وطئ الأم أو وطئها فقد تأبد تحريمها لان بالعقد الصحيح تأبد تحريم الأم ووطء الأم بشبهة النكاح تأبد تحريم البنت **ص** **قال مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انه لا تحل له أمها أبدا ولا تحل لاييه ولا لابنه ولا تحل له ابنتها وتحرم عليه امرأته** **ش** قول مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فأصابها فانه لا تحل له أمها وذلك بحتمل معنيين أحدهما أن يكون الضمير في قوله أمها راجعا الى البنت فيكون معنى ذلك ان تزوج الأم آخرها وأصابها لا تحل له أبدا وهذا تقدم القول فيه لان عقده على البنت قد حرم عليه الأم على التأبيد فأصابته اياها بالعقد الذي أحدثه بعد ذلك لا يزال متأبدا من التحريم والوجه الثاني أن يكون الضمير في قوله فأصابها راجعا الى الأم المتزوجة آخرها ويكون المراد بالأم في قوله أمتها جدة البنت

قال مالك في الرجل تكون تحته المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انها تحرم عليه امرأته ويفارقهما جميعا ويحرم ان عليه أبدا اذا كان قد أصاب الأم فان لم يصب الأم لم تحرم عليه امرأته وفارق الأم **ش** وقال مالك في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها انه لا تحل له أمها أبدا ولا تحل لاييه ولا لابنه ولا تحل له ابنتها وتحرم عليه امرأته

المتزوجة وأولاً وهذا أيضاً قد ثبت لام الام بالعقد على ابنة ابنتها فلا يز يدعه عقده على ابنتها وبنائها بها الا
تأ كيد التحريم
(فصل) وقوله ولا تحمل لاييه ولا لابنه وذلك انها في حق الأب من حلائل الأبناء وفي حق الابن مما
للأب من النساء وقد وجد منه معنيان مؤثران في تحريم المصاهرة ومنها العقد والوطء فأما العقد فعلى
ضربين مباح ومحظور فأما المبلح فلا خلاف أن له تأثيراً في تحريم المصاهرة فإذا عقد الرجل عقد
نكاح مباح على المرأة فقد حرمت على أبيه وابنه والأصل في ذلك ما قدمناه وولد الولد وان سفل
وولد البنت وان سفل في ذلك بمنزلة الابن وأبو الأب وأبو الأم وان علا في ذلك بمنزلة الأب والرضاع
في ذلك كله بمنزلة النسب في تحريم حلائل الأبناء وما نكح الآباء من النساء (مسئلة) وأما
العقد المكروه وهو المختلف في جوازه فقد قال ابن القاسم في المدونة فن عقد نكاحاً مختلفاً فيه ثم
فسخ قبل البناء انه لا يجوز لابنه أن يتزوجها وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك ان
النكاح الفاسد على وجهين أحدهما ما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده كنكاح الشغار الذي سمي
مهر والنكاح بالصداق المجهول أو إلى أجل غير مسمى أو إلى موت أو فراق أو النكاح بالخر والخزير
فان هذا كله اذا انعقد به النكاح حرمت الزوجة على أبي الزوج وابنه وان كان النكاح محرماً في
كتاب الله تعالى أو سنن رسوله كنكاح الخامسة والنكاح في العدة ونكاح الأخت على الأخت
ونكاح المرأة على عمتها بنسب أو رضاع ونكاح التحليل ونكاح السفرة فان المرأة بذلك لا تحرم على
أبي الزوج ولا على ابنه (مسئلة) في حكم الوطء بنكاح أو ملك يمين أو زنى فأما الوطء بالنكاح فانه ينشر
الحرمة على كل حال حالاً كان أو حراماً ولذلك قلنا ان تزويج الأم على ابنتها حرام لا خلاف فيه بعد
البناء ومع ذلك فان أصابت الأم فيه تحرم البنت (فرع) والالتذاذ بالمرأة يجرى في التحريم بجرى
المسيس وقد أشار إليه ابن حبيب في روايته عن مالك في واضحته ووجه ذلك انه يحرم الربائب فوجب
أن يحرم حلائل الأبناء وحلائل الآباء كالوطء ص قال مالك فأما الزنى فلا يحرم شيئاً من ذلك
لان الله تعالى يقول وأمهات نسائكم فانهما حرمان كان تزويجاً ولم يذ كر تحريم الزنى فكل تزويج
كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج والحلال فهذا الذي سمعت والذي
عليه أمر الناس عندنا ش قدمضي الكلام فيما يجب من التحريم بالوطء على وجه النكاح وأما
الوطء على وجه الزنى فقد اختلف قول مالك فيه فقال في الموطأ ان الزنى لا يحرم شيئاً من ذلك وبه قال
الشافعي وهو قول ابن عباس وعروة بن الزبير وأبي ثور وروى ابن القاسم عن مالك فممن زنى بأمر
امرأته أو بابنتها انه يفارق امرأته ولا يقيم عليها قال ابن القاسم وكذلك عندى اذا زنى الرجل
بامرأته لم ينبغ لاييه ولا لابنه أن يتزوجها أبداً وبه قال أبو حنيفة وعطاء والشعبي والثوري واحد
والدليل على صحة رواية الموطأ قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم الى آخر الآية ثم قال جل وعز وأحل
لكم ما وراء ذلكم ولم يذ كر الزنى في جملة ما وقع به التحريم ودليلنا من جهة القياس ان هذا ووطء
لا يثبت به التحريم المؤقت فلم يثبت به التحريم المؤبد كاللواط قال القاضي أبو الحسن يريد بالتحريم
المؤقت العدة ودليل ثان ان الجرمة حكم من أحكام النكاح الصحيح فلم تثبت بالزنى كالأحصان
والنفقة واسقاط الحد استدلوا بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وصيغة النكاح
في الوطء موضوع للوطء فالظاهر يقتضى لعمومه ان كل امرأة وطئها الأب فقد نهى عن وطئها
ابنه والجواب انه لا يجوز اعتبار هذا بالوطء الصحيح وان استويا في فساد الصوم كما لا يجوز

• قال مالك فأما الزنا
فانه لا يحرم شيئاً من
ذلك لأن الله تبارك وتعالى
قال وأمهات نسائكم فانهما
حرمان كان تزويجاً ولم
يذ كر تحريم الزنا فكل
تزويج كان على وجه الحلال
يصيب صاحبه امرأته فهو
بمنزلة التزويج والحلال
فهذا الذي سمعت والذي
عليه أمر الناس عندنا

اعتباره به في التحريم المؤقت وثبوت النسب وجوب النفقة وجواب آخر وهو ان الأكل
يجري مجراه في افساد الصوم واللواط يجري مجراه في افساد الحج ولا ينشر شيء من ذلك الحرمة
(فصل) وقول مالك رحمه الله لان الله تعالى يقول وأمهات نسائكم فاما حرم ما كان تزويجا
ولم يذ كر تحريم الزنى يريد مالك رحمه الله ان لفظ النساء انما يخرج في العرف والعادة الى الزوجات
دون من يصاب من النساء على وجه الزنى لان لفظ النساء واقع على كل أنثى ومعلوم انه لم يرد ذلك
لثلاثة أوجه أحدها انه قال وأمهات نسائكم وأمهات النساء من النساء فلا يصح أن يراد بلفظ النساء
جاعة النساء والوجه الثاني انه لو أراد بذلك جاعة النساء لحرمت كل امرأة لها بنت وهذا باطل
باجماع والوجه الثالث ان عرف الاستعمال جار على أن اضافة المرأة الى الرجل تقتضى كونها زوجة
له فاذا قال انسان هذه من نساء فلان فهم منه انهم من زوجاته وكذلك اذا قال هذه امرأة فلان فهم منه
انها زوجته ولذلك قال تعالى يا نساء النبي لستن كأحد من النساء والمراد بذلك أن واجه صلى الله
عليه وسلم وعلى هذا قال مالك رحمه الله ان المراد بقوله تعالى وأمهات نسائكم تحريم أمهات الزوجات
قال ولم يذ كر تحريم الزنى يريد لم يتناه به ذ كر التحريم ويحتاج في اباحته الى زيادة وهو انه اذا لم
يتناول التحريم فيجب أن يتوقف فيه حتى توجد أدلة الشرع من غير الآية بما يحرمه أو يبيحه وقد
تقدم ما يتعلق به في الاباحة والتحريم وهذا على قول من لا يقول بدليل الخطاب وأما على قول من
يقول بدليل الخطاب فانه يصح تلمحه بالآية من جهة دليل الخطاب وذلك انه لما علق التحريم على
أمهات الزوجات دل ذلك على انتفاء من أمهات غير الزوجات (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالوطء على
ثلاثة أقسام مباح ومحرم ووطء شبهة فأما المباح والمحرم فقد بينا حكمهما في هذا الباب وأما وطء
الشبهة فقد بلغني عن الشيخ أبي عمران انه قال لانعلم بين أصحابنا خلافا في انه يحرم الأم والبنت
وروى يحيى بن عمر عن سحنون انه اذا وطئ ابنته في الليل يظنها زوجة لم تحرم عليه زوجته
(فرع) ان قلنا ان الوطء على وجه الزنى لا يحرم الأم والابنة فقد قال بعض الصقليين فيمن مر
بيده على اخذ ابنته يظنها امرأته تحرم عليه زوجته ولو علم انها ابنته وتعمد ذلك دخله الخلاف فيمن
زنى بمختنته هل تحرم عليه امرأته وبلغني عن الشيخ أبي عمران انه قال ان كانت المموسة ممن يمكن
أن يتلذذ بها حرمت عليه امرأته لاننا لانعلم خلافا بين أصحابنا في وطء الشبهة انه يحرم واختلف في
ذلك قول الشيخ أبي محمد وكان أبو سعيد بن هشام وأبو القاسم بن شبون وأبو القاسم الطائي يقولون
لا يقع بهذا التحريم

(فصل) وقوله رحمه الله وكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج
الحلال يريد انه اذا كان عقد التزويج على وجه النكاح المباح وان لم يكن مباحا في نفسه لكنه قصد
به النكاح فان اصابة الزوجة فيه تنشر من الحرمة ما تنشر الاصابة من التزويج الحلال وقد قال ابن
حبيب وكل وطء حرام في هذا الباب أو غيره كان بنكاح شبهة أو جهالة فالخديف ساقط والولد فيه
لاحق وما كان يتعمد بغير وجه شبهة نكاح ولا ملك فالخديف واقع والولد ساقط ومعنى ذلك عندي
أن يتزوج وهو يعلم ان ما يعقده لا يستباح به البضع والله أعلم

✽ نكاح الرجل أم امرأه قد أصابها على وجه مما يكره ✽

ص ✽ قال مالك في الرجل يزني بالمرأة فيقام عليه الخديفها انه ينكح ابنتها وينكحها ابنة ان شاء

✽ نكاح الرجل أم امرأه قد
أصابها على وجه مما يكره ✽
✽ قال مالك في الرجل
يزني بالمرأة فيقام عليه
الخديفها انه ينكح ابنتها
وينكحها ابنة ان شاء

وذلك أنه أصابها حراما وانما الذي حرم الله تعالى ما أصيب بالحلل أو على وجه الشبهة بالنكاح * قال مالك قال الله تبارك وتعالى اسمه ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء * قال مالك فلو أن رجلا نكح امرأة في عدتها نكاحا حلالا فأصابها حرامت على ابنه أن يتزوجها وذلك أن أباه نكحها على وجه الحلل لا يقيم عليه فيه الحد ويلحق به الولد الذي يولد فيه بآبائه وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه في عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها إذا هو أصاب أمها * ش قوله رحمه الله في الرجل يزني بالمرأة في مقام عليه الحد فيها أنه ينكح ابنتها على ما تقدم من أن وطء الزنا لا ينشر الحرمة وإن زنى بالمرأة فله أن يتزوج ابنتها سواء أقيم عليه الحد في أمها أو لم يتم ولا يخلو أن تكون ابنتها مخلوقة من غير مائه أو مخلوقة من مائه فإن كانت مخلوقة من غير مائه مثل أن تكون ابنة من غيره من نكاح أو سفاح فهو الذي تقدم القول فيها أنها لا يجوز له أن يتزوجها وقد تقدم من قول مالك في المدونة والواضحة أن من زنى بالأم حرمت عليه ابنتها وتقدم الكلام في ذلك يغني عن إعادته (فرع) فإن قلنا بالمنع من ذلك فتزوج البنت بعد الزنى بالأم فقد قال ابن القاسم في المدونة تفارقه ولم يقل يقضى عليه بذلك وقال ابن المواز أنه لا ينبغي له ذلك فإن فعل جاز ولم أحكم عليه بالفراق وقد ذكره مالك وأجازوه

(فصل) وإذا قلنا بالإباحة وكانت البنت مخلوقة من مائه مثل أن يكون زنى بها فملت منه وولدت جارية فأراد أن يتزوجها فقد حكى القاضي أبو الحسن أن ذلك جائز له قال وبه قال الشافعي وهذا الذي قاله القاضي أبو الحسن قد قال به من أصحابنا المتقدمين عبد الملك بن الماجشون وقال أبو حنيفة هي حرام عليه لا يجوز له أن يتزوجها واختلف أصحابه في علته التحريم فبعضهم يقول حرمت عليه لأنها بنية بنت امرأة وطئها بزنا والزنا عندهم يحرم عليه الأم والبنت وينشر تحريم المصاهرة فعلى هذه العلة يجوز لأخي الزاني أن يتزوجها وكان أبو بكر الرازي يقول أنها حرمت عليه لأنها بنية وخلقت من مائه فعلى هذه العلة لا يجوز لأخي الزاني أن يتزوجها لأنه عمها ودليلنا أن هذا معنى لا يوجب نسبا ولا تحريم مصاهرة فلم يمنع النكاح بين الأحرار والمشهور من المذهب أن ذلك غير جائز قال سحنون في قول ابن الماجشون هذا خطأ صراح وما علمت من قاله من أصحابنا معه وقال ابن المواز لا يتزوج ابنته من الزنا وأباه أصبغ وابن عبد الحكم في ظني ومكروهه بين ووجه ذلك أنها من زنا محرم الولد على من ولده كالولد يحرم على الأم وهو معنى ما تقدم من أنها خلقت من مائه

(فصل) وقوله وينكحها ابنه أن شاء يريد أنه أصابها حراما وقد قال في المدونة ليس لابنه أن يتزوجها وقد تقدم الكلام في مثل ذلك

(فصل) وقوله وانما الذي حرم الله تعالى ما أصيب بالحلل على وجه شبهة النكاح يريد أن ما كان من الوطء على هذا الوجه فهو الذي يقع به التحريم من جهة المصاهرة دون ما يكون من لفظ الحرام وينتضي قوله ذلك أن الوطء في شبهة النكاح حلال ولذلك قال ما أصيب بالحلل على وجه شبهة النكاح ومعنى ذلك أنه حلال من جهة القصد ولو أن رجلا تزوج امرأة بشبهة نكاح فوطئها حائضة أو محرمة أو صائمة لنشر هذا الوطء عندى الحرمة وإن لم يكن مباحا بل هو وطء حرام محظور لكن تحريره ليس لتعريبه عن شبهة النكاح وانما هو بمعنى غيره والله أعلم -

(فصل) وقول مالك رحمه الله تعالى قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء وهذه الآية ذكر القاضي أبو اسحق عن جماعة من أهل العلم أن عقد الرجل على المرأة يحرمها على ابنه دون

وذلك أنه أصابها حراما وانما الذي حرم الله ما أصيب بالحلل أو على وجه الشبهة بالنكاح قال الله تبارك وتعالى ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء * قال مالك فلو أن رجلا نكح امرأة في عدتها نكاحا حلالا فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها وذلك أن أباه نكحها على وجه الحلل لا يقيم عليه فيه الحد ويلحق به الولد الذي يولد فيه بآبائه وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه في عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها إذا هو أصاب أمها

استقناع ولا بناء وهو مذنب ماله وانما يراعى الاستقناع والوطء في العقد الفاسد وقال القاضي أبو اسحق في قوله تعالى الاما قد سلف يريد والله أعلم سلف قبل التحريم فهم غير مؤاخذين به والله أعلم (فصل) فلان رجلان كح امرأة في عدتها كاحلا لا يريد ان عقد النكاح وقع على الوجه المباح وجود الولي والايجاب والقبول وصحة المهر وغير ذلك من شروط الصحة وأوصافها فان لم يكن مباحا من جهة العدة قال فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها ووجه ذلك ان الوطء وجد منه في شبهة النكاح فأوجب ذلك تحريم الموطوءة على ابن الواطئ قال مالك وذلك ان أباه نكحها على وجه الحلال لا يقيم فيه الحد ويلحق به الولد الذي يولد فيه بآبيه يريد أن أحكام النكاح الصحيح ثابتة في هذا النكاح اذا أصيب به وان كان فاسدا لمصادقة من العدة وتحريم المصاهرة من أحكام النكاح الصحيح فوجب أن يثبت بالاصابة فيه وانما يريد انه غير عالم بأنها معتدة أو عالم بالتحريم فأما اذا كانا عالمين بالتحريم فان حكمه عندي يحتمل من الخلاف ما ذكر قبل هذا في تحريم التأيد والله أعلم

(فصل) وقوله وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه في عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها اذا هو أصاب أمها يريد أن ثبوت بعض التحريم في هذا النكاح يقتضي ثبوت سائر

جامع ما لا يجوز من النكاح

جامع ما لا يجوز من النكاح

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق * ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار والشغار هو النكاح المذكور في الحديث وهذا يقتضي تحريم نكاح الشغار وفساده فيجب ان وقع أن يفسخ قال الشيخ أبو الحسن انما اختلف قول مالك في الشغار لاختلاف الناس في معنى الشغار لان المتفق عليه من لفظ الحديث هو قوله نهى عن الشغار وباقي الحديث يجعلونه من تفسير نافع قال الشيخ أبو عمران لا خلاف في المنع من العقد وانما الخلاف في فسخه لاختلافهم في أن النهى يقتضي فساد المنهى عنه والله أعلم وبقول مالك فيه قال عطاء والشافعي وروى عن أنس وقال أبو حنيفة الشغار جائز وفيه مهر المثل والدليل على ما نقله نهى صلى الله عليه وسلم عن الشغار والنهى يقتضي فساد المنهى عنه ودليلنا من جهة القياس ان هذا ملك بضع ابنته شخصين النكاح وابنته وذلك يوجب فساد العقد كما لو تزوج ابنته من رجلين (فرع) اذا قلنا انه يفسخ ان وقع في المدونة عن ابن القاسم انه يفسخ قبل البناء وبعده وان ولدت الأولاد قال وقال مالك يفسخ على كل حال وقد روى على بن زياد عن مالك في غير المدونة يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعده * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندي أن يكون الخلاف في هذا مبني على اختلاف قول مالك في فسخ النكاح بغير مهر بعد البناء وقد أشار اليه القاضي أبو اسحق وقد يعمل عليه غير هذا مما نبينه والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا لم يكن في الجنبين ذكرا كزوجه فان كان فيهما ذكرا كزوجه مثل أن يقول أزوجه ابنتي بائة على أن تزوجني ابنتك بائة فالمشهور من المذهب انه لا يجوز وفي المدينة من رواية عبد الرحمن بن دينار عن أبي حازم في الرجل يزوج الرجل ابنته وينكحها الآخر ابنته ويضع كل واحد منهما من الصداق لصاحبه انه لا بأس بذلك ولو وضع الصداق كله كان شغارا وجه القول الأول انه قد جعل بضع كل واحدة من البنيتين ملكا للزوج الذي

زوجها والبنت الاخرى ملك الزوج بالنكاح وملكته الاخرى لأنه بعض مهرها وذلك يمنع صحة النكاح ووجه الرواية الثانية أنه قد سمي لكل واحدة من البضعين ما يصح أن يكون مهرًا فخرج بذلك عن أن يكون الآخر عوضًا منه فصح العقد والله أعلم (فرع) فاذا قلنا برواية المنع في المدونة أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده والفرق بينه وبين حقيقة الشغار اذا قلنا بقول ابن القاسم انه يفسخ بعد البناء أن في العقد ما يصح أن يكون مهرًا وشرطًا يكون معه ما لا يصح أن يكون مهرًا فدخل الفساد بذلك في المهر وحكم ذلك أن يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وأما اذا عرنا المهر بالفساد في العقد ما قدمناه والله أعلم (مسألة) فان سمي لاحدهما مهرًا ولم يسم للاخرى مهرًا مثل ان يقول أزوجك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك دون مهر ففسخ العقدان قبل البناء ويفسخ بعد البناء عقد التي لم يسم لها مهر ويثبت عقد الأخرى ووجه ذلك ما قدمناه من الفرق بين التي سمي لها مهر والتي لم يسم لها مهر والله أعلم (مسألة) اذا ثبت ذلك فالفساد دخل في النكاح لفساد العقد وفساد المهر فأما فساد العقد فمثل نكاح المتعة ونكاح الشغار على أحد القولين فاذا تعلق الفساد بالنكاح لعقد ففسخ قبل البناء وبعده ووجب فيه بالدخول المهر المسمى وفي المدونة في النكاح الذي ينقد على الخيار روايتان احدهما يفسخ قبل البناء وبعده والثانية يفسخ قبل البناء ويثبت بعده والفساد في هذا النكاح من جهة العقد فيجب أن يكون ذلك على روايتين والله أعلم (فصل) وقوله والشغار أن زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ظاهره أنه من جملة الحديث وعليه يحمل حتى رد ما بين أنه من قول الراوى وقد تقدم الكلام فيه (مسألة) والشغار في الاختين كالشغار في الابنتين والامتين وهو ظاهر المدونة وقد قال بعض الناس ان ذلك يختص بالابنتين البكرين وهما من لا يعتبر برضاه في النكاح ويجبر عليه وأما من يعتبر برضاه فلا بد خله الشغار وانما هي كالتى تزوج بغير صداق فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده على الاختلاف في ذلك وفي المدونة اثبات حكم الشغار في المولاتين والمولاتان لا يجبران على النكاح ولو سلم له ما قاله للزومه أن لا فرق بين نكاح الشغار وبين النكاح بغير صداق من الوجه الذى ذكره لأن الخلاف في فسخ نكاح الشغار بعد البناء موجود كما هو في فسخ النكاح والله أعلم ص **عبد الرحمن بن القاسم** عن أبيه عن عبد الرحمن بن زيد بن جارية الانصارى عن خنساء بنت خدام الانصارى أن أباه زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها

• وحديثي عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عبد الرحمن بن زيد بن جارية الانصارى عن خنساء بنت خدام الانصارى أن أباه زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها

بعدوانه قد أمضى ما يبيده من ذلك وانها ان أجازت فالنكاح من قبل الولي قد نفذ وقال القاضي أبو الحسن انه يصح ان ينقذ النكاح الموقوف على إجازة الولي أو إجازة الزوج أو إذن المرأة فيه وقد ذكرنا صفة وقفه على إذن المرأة وهو الذي يذكرهما بنحو جوازه (فرع) اذا قلنا بجواز النكاح الموقوف فانه على ضربين أحدهما أن يعقد الولي ما اليه من العقد ويفعل مثل ذلك الزوج ويبقى ما الى الزوج من ذلك وكذلك لو أنفذ الزوج ما اليه من القبول وبقي العقد موقوفاً على الإيجاب فهذا موقوف أحد طرفيه على الآخر والثاني أن يكمل الولي العقد عن نفسه وعن المرأة على أن للمرأة اختيار فهذا موقوف طرفاه على الخيار وقال القاضي أبو الحسن لا فرق في القياس بين إجازته بالقرب أو بعد البعد وانما استحسن فسخا اذا بعدوا إجازته اذا قرب لأن اليسير يجوز في الأصول كيسير العمل في الصلاة وهذا الذي قاله صحيح في النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة لا فرق بين قرب الإجازة ولا بعدها في النكاح وكذلك قال القاضي أبو الحسن ان القياس عندي أنه لا يجوز النكاح الموقوف بخلاف البيع الموقوف لأن النكاح ينافيه الخيار ولا ينافي البيع وما قاله بعد ذلك من أن إجازته في قريب المدة دون بعدها استحسن كإجازة يسير العمل في الصلاة دون كثيره فان ذلك عندي فيه نظر وذلك أن إجازة يسير العمل في الصلاة دون كثيره ليس من الاستحسان الذي ذهب اليه بل هو الحق الواجب والفرض اللازم والقياس الصحيح الثابت وذلك أن العمل الكثير ينافي الصلاة باجماع لأن من حكمها وفروضها الاتصال والعمل الكثير يمنع من ذلك ويسير العمل لا يمكن الاحتراز منه فلذلك فرق بين يسير العمل وكثيره في الصلاة والنكاح الموقوف طرفاه على الإجازة قد وجد جميعه فان كان وقع عقده صحيحاً فيجب أن يجوز طالبت مدته أو قصرت وان كان وقع فاسداً فقد فسد في الوجهين ولذلك قلنا انه يجوز البيع الموقوف وان طالبت المدة وانما يفترق ذلك في النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر لأن من سنة النكاح اتصال أحد طرفيه بالآخر ولا بد في ذلك من يسير مهلة لانه لا يستطيع أن يؤتي بالقبول بعد الإيجاب بغير فصل ولا يفسده تأخر المدة اليسيرة فلذلك كان كثير المدة يمنع انعقاده ويسيرها لا يمنع ذلك كالعمل في الصلاة (فرع) اذا ثبت ذلك فيجب أن يكون في النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة قولان أحدهما الجواز على كل وجه والثاني المنع على كل وجه وهو الصحيح عندي وقد اختاره القاضي أبو الحسن وأما النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر ففي كراهية ما قرب منه قولان قد تقدم ذكر من إجازته وروى أبو يزيد في العتبية قول ابن القاسم في الجارية زوجها الولي على أن رضيت قال يفسخ ذلك وان كانت قريبة قيل فان دخل بها قال ما أدري كانه ضعف الفسخ بعد البناء ولم يره ولا خلاف على هذا في صحته وانما الخلاف في كراهيته وفيما بعد من المدة قولان أحدهما الجواز والآخر الإبطال والله أعلم (فرع) فاذا قلنا انه يجوز في قصير المدة دون طويلها فقد روى ابن حبيب عن مالك في الرجل يزوج ابنته أو البكر أو الثيب ولا يستأمرها ثم يستأمرها سرا أو يلقها فترضى فان كان ذلك بقرب تزويجه وكانت معه في البلد أو الموضع فان ذلك جائز وان كانت بغير البلد وكانت بعيدة عن موضعه وان جمع ما بالبلد أو تباعداً بين تزويجها بغير أمرها وبين أن علمت فرفضت وان جمعها بالبلد والموضع فلا يجوز بشرط ثلاثة معان اجتماعهما في البلد والموضع وقرب مدة الرضا ولم يعتبر مقدار القرب في مدة الرضا وقال عن مالك في الذي يزوج ابنته تكثيراً لحاضر بغير علمه انه ان رضى بمحدثان العقد فانه يجوز وان كان رضاه بعد ذلك باليوم أو

الأيام فذلك غير جائز وفي العتية من سماع ابن القاسم فمين زوج أخته وأبنته البكر وهي معه في
 البلدة مقيمة ثم تخير فترضى أن مالكا أجازه وإذا كانت ثابتة عنده في البلدة فمأعنت رضى لم يجز
 هذا النكاح قيل لسحنون ما معنى قوله معه في البلد أن يكونا في حصن واحد أو هي بعيدة والبلد
 يجمعهما فقال بل في حصن واحد أو بينهما قريب من البريد واليوم وشبهه والقازم من مصر ما هو
 بكثير وبينهما يومان إذا أرسل إليها في فور ذلك فأجازت فأما مثل الاسكندرية واسوان فلا يجوز
 ذلك وإن أجازته وقاله أصبغ فالخلاف بين رواية ابن حبيب وقول سحنون في موضعين أحدهما أن
 ابن حبيب شرط في صحة ذلك أن يكونا في موضع واحد من البلديدا الحصن الواحد أو القرية ولم
 يشترطه سحنون وجوز ذلك وإن لم يكونا في موضع واحد منه والثاني ابن حبيب جعل اليوم الواحد
 في حين الكثير المانع من صحة العقد وجعل سحنون اليوم واليومين في حين القليل والكثير الخمسة
 الأيام والثمانية والله أعلم (فرع) وأما القولان في طول المدة فقد روى ابن حبيب عن مالك
 في الذي يزوج ابنته الثيب البائنة عنه فترضى إذا بلغها ما فعل أبوها أنه لا يقيم على ذلك النكاح قبل
 البناء ولا بعده ولا يصح في ذلك قولان في كتاب محمد أحدهما أنه يفسخ بعد البناء كقول مالك
 والثاني أنه ما يؤمران بالفسخ قبل البناء ولا يجبران عليه قال أصبغ وقد اختلف قول مالك فيه فقال
 أن أجازته جاز وقال أيضا لأحب المقام عليه ووجه رواية ابن حبيب أنها مبنية على أن تأخير أحد
 طرفي النكاح عن الآخر المدة الطويلة يوجب فسادا لأنه نوع من الخيار الذي ينافي النكاح لانه
 خارج عن المعتاد من إبطال أحد طرفي العقد بالآخر أو مقارنته ووجه قول أصبغ في منع الجبر على
 الفسخ أنه مبني على تجوز هذا النكاح على كراهيته وذلك أن الخيار الذي ينافي النكاح انما هو
 الخيار بعد وجود طرفي النكاح وأما الخيار بعد وجود أحد طرفيه لمن يبيده الطرف الآخر من الإيجاب
 أو القبول فلا يصح أن يعدى النكاح منه وإذا لم يصح وجوده دون لم تصح منافاته له كخيار الرد بالعيب
 (فصل) وقوله وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فردنكاحها ظاهرا
 في أنه ليس للاب أن يزوج ابنته الثيب إلا بإذنها ورضاها وهذا حكم الأب وإن كانت ثيبا سفيهة غير
 مالكة أمرها في مالها فانها تملك أمر نكاحها وكذلك سائر الأولياء معها لانه إذا كان هذا حكم الأب
 الذي يملك النظر في ماله فيأن لا يملك غيره إجبارها أولى وهذا الجبر ورد في حكم خنساء بنت خدام كانت
 تحت أنيس بن قتادة الأنصاري فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها من رجل من بني عمرو بن عوف فرد
 رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاحها لما كرهته ونكحت أبا البابة بن عبد الخدرى ص مالك
 عن أبي الزبير المسكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه الرجل وامرأة فقال هذا نكاح
 السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجت **ش** قوله أتى بنكاح لم يشهد عليه الرجل وامرأة
 يريد أنه انفراد بالشهادة عليه رجل وامرأة ولم يشهد به سواهما وفي هذا بيان **ش** أحدهما مقارنة الشهادة
 لعقد النكاح **ش** والثاني ذكر من ثبت بشهادته عقد النكاح

(الباب الأول في مقارنة الشهادة لعقد النكاح)

أما مقارنة الشهادة لعقد النكاح فلا خلاف أنه الأفضل لاختلاف الناس في عدد ذلك عندنا شرطا
 في صحة النكاح ويجوز عندنا أن ينقذ النكاح بغير شهادة ثم يقع الأشهاد به بعد ذلك وبه قال
 عبد الله بن عمرو وعروة بن الزبير وعبد الله بن الزبير والحسن بن علي ومن المحدثين عبد الرحمن بن
 مهدي وزيد بن هارون وقال أبو حنيفة لا بد من شاهدين وإن كانا ناسقين أو عجميين أو محدودين

* وحدثني عن مالك عن
 أبي الزبير المسكي أن عمر
 ابن الخطاب أتى بنكاح
 لم يشهد عليه الرجل
 وامرأة فقال هذا نكاح
 السر ولا أجيزه ولو كنت
 تقدمت فيه لرجت

في قدف ويجوز فيه رجل وامرأتان وقال الشافعي من شرط صحة النكاح مقارنة الشهادة لعقده فان عرا عن الشهادة حين العقد وجب فسخه لفساده وأقل ذلك شاهد اعدل وبه قال الأوزاعي والثوري وابن حنبل وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن البصري والبخاري والدليل على ما نقوله على ما رواه البخاري قال حدثنا قتيبة قال حدثنا اسمعيل بن جعفر عن حميد عن أنس أقام النبي صلى الله عليه وسلم بين خير والمدينة ثلاثين ليلة عليه بصفية بنت حي ودعوت المسلمين الى ولية فلما كان فيها من خبز ولحم أمر بالانطاع فالتقى فيها من التمر والاقط والسمن فكانت وليمة فقال المسلمون احدي أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه فقالوا ان حجبها فهي من أمهات المؤمنين وان لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه فلما ارتحل وطأ لها خلفه وسدل الحجاب بينها وبين الناس فوجه الدليل من هذا الحديث ان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قالوا ان حجبها فهي من أمهات المؤمنين ولو كان أشهد على نكاحها لعاموا ذلك بالشهاد ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد لاستباحة البضع فلم يفتقر الى الشهادة كالرجعة وشراء الأمة ودليل ثان فان هذا عقد على منفعة فلم تكن مفارقة الشهادة شرطا في صحته كالأجارة (مسئلة) واذا عقد النكاح ولم يحضره شهود ثم أقر أو شهد عليه قبل البناء لم يفسخ النكاح وان بنى ولم يشهد فقد روى محمد عن أشهب عن مالك يفرق بينهما ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك ان تعري عقد النكاح من الشهادة لا ذريعة فيه الى الفساد وتعري الوطء والبناء من الشهادة فيه الذريعة الى الفساد فنع منه لذلك ولو جاز لكل من وجد مع امرأة في خلوة أو أقر بمجاها أن يدعي النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان والتعزير في الخلوة فنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى فتى وقع البناء على الوجه الممنوع فسخ ما دعي من النكاح قال ابن القاسم ان دخل ولم يشهد الا شاهدا واحدا ففسخ النكاح ويزوجه بعد أن تستبرئ بثلاث حيض ان أحب (فرع) وهل عليه ما حدثنا تقدم من المسيس روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبح انه ان كان أمرهما ذرءا لحد عنهما عالين كانا أو جاهلين والشاهد الواحد على نكاحهما أو معرفة بنائهما باسم النكاح وذكروه واطهاره كالأمر الفاشي من نكاحهما قال ابن حبيب وقد كان ابن القاسم يقول ان كانا ممن لا يعذران بجهالة حدا وان كان أمرهما فاشيا وجه قول ابن الماجشون ان الافشاء في النكاح والاعلان به أبلغ في اظهاره من الاشهاد لانه لو انفرد الاشهاد واقترب به الكتمان لفسد العقد وبالاعلان يفارق صفة الزنا ويمتنع فسادها فاذا وجد الاعلان به انتفى الحد ووجه قول ابن القاسم أن الافشاء والاطهار اذا قصر عن الثبوت فهو في حكم الكتمان والاستمرار الذي يفسد به العقد مع انه لا يعلم الامام الذي يرفع اليه ذلك فشق هذا الأمر الا بيينة تشهد عنده بذلك والله أعلم

(الباب الثاني في صفة من يثبت النكاح بشهادته)

لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين والدليل على ما نقوله قوله تعالى في الطلاق وقيل في الرجعة واشهد واذوى عدل منكم والأمر يقتضي الوجوب ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى يثبت حكما في البدن فاذا لم يثبت بشهادة النساء بانفرادهن لم يثبت بشهادتهن مع الرجال كالحودود والقصاص ودليل ثان وهو ان هذا جنس لا يثبت النكاح باثنين منه فلم يكن له مدخل في الشهادة به كالعبيد والفساق (فصل) وقول عمر رضي الله عنه هذا نكاح السر ولا أجيزه يقتضي ان هذا من جملة النكاح غير

ان تعليله لمنعه بانه من نكاح السر وقد اختلف الفقهاء في نكاح السر فنع منه مالك وقال انه يفسخ
ان وقع وبه قال الزهري ويحيى بن سعيد الانصاري وقال أبو حنيفة والشافعي لا يفسخ واستدل
أصحابنا في ذلك بما رواه عبد الله بن وهب أخبرني عبد الله بن الاسود القرشي عن عامر بن عبد الله
ابن الزبير عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اعلنوا بالنكاح ودليلنا من جهة المعنى انه
لا خلاف ان الاستسار بالنكاح ممنوع لمسابهة الزنا الذي يتواطأ عليه سرا فيجب أن لا يجوز
النكاح الاعلى وجه يميز من الزنا ولذلك شرع فيه ضرب من اللهو والوليمة لما في ذلك من الاعلان
فيه (فرع) اذ ثبت ذلك فان الذي يراعى فيه ترك التواطؤ على الكتمان ومعنى ذلك عقده دون
ذكر كتمان ولا اعلان فحق عقد على هذا فهو عقد صحيح حتى يفتن به التواطؤ على الكتمان وقد
اتفقنا على انه لا بد من ان يفتن بعقد النكاح أحد أمرين الاشهاد عند من يخالفنا أو ترك التواطؤ
على الكتمان عندنا وقد اتفقنا على ان النكاح يختص بهذا المعنى دون سائر العقود وكل ما يلزمنا
المخالف في مسئلتهنا هذه يلزمه مثله في مسئلة مقارنة الاشهاد لعقد النكاح والأحاديث في ذلك
متقاربة الأسانيد لا يكاد يصح شيء منها وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه وما شاع منه بحضرة
الصحابه يقوى المنع من الكتمان ويرجح من جهة المعنى فانه لا بد من مراعاة صفة يميز بها النكاح
من السفاح ونحن لا نراعى نفي الكتمان لانه من أحكام أسباب الزنا الذي لا يكاد يفارقها ويراعى
الاشهاد به في صحة الوطء ومفارقة الزنا فكان ذلك أولى من مراعاة الاشهاد في نفس العقد خاصة
لانه لا فرق بين الاشهاد في نفس العقد أو بعده وتصحيح الوطء والتمييز بينهما وبين وطء الزنا ووجه
ثان من الترجيح وهو اننا لا نشترط زيادة على اطلاق العقد في صحته وانما اتقى احداث صفة تشابه
صفة الزنا وهي التواطؤ على الكتمان والشافعي يقول ان اطلاق العقد لا يصح عنده حتى يشترط
معنى آخر وهو الاشهاد ويصح اذا اتفق على صفة ليست من مقتضى العقد وبها يشابه الزنا وهي
الكتمان فكان ما قلناه أولى لان كل عقد صحيح في الشريعة فان اطلاقه للعقد مع من يصح عقده منه
يقضى الصحة كالبيع والاجارة والمساقاة وغيرها (فرع) وكل نكاح استنكتمه فهو
من نكاح السر وان كثرت الشهود رواه ابن حبيب وعمر بن مالك قال عيسى سمعت ابن القاسم في
المسجد الجامع بمصر يقول لو شهد عليه من الرجال على هذا المسجد ثم استنكتموا كان نكاح سر
قال أصبغ وهو الحق وروى ابن مزي عن يحيى بن يحيى قال لا يكون نكاح السر الا في مثل الذي
وقع بعهد عمر بن الخطاب رجل وامرأة فأما أن يشهد فيه رجلان عدلان فصاعدا فهو نكاح حلال
جائز وان استنكتم ذلك الشهود لانه اذا علمه عدلان فصاعدا فليس بسر وبه قال الشافعي ووجه
القول الأول انه معقود على الكتمان الذي ينافي بالنكاح ويشابه التسبب الى الزنا وان اتفق الزوجان
والاولياء على الكتمان ولم يعلم بذلك الشهود فهو نكاح السر قال ابن حبيب ووجه ما قدمناه
(فصل) وقول عمر رضى الله عنه ولو كنت تقدمت فيه لرجت قال ابن حبيب انما هذا من عمر رضى
الله عنه على وجه التشديد في الزجر عنه والمنع منه ولا رجم ولا حد اذا وقع ولكن العقوبة وروى
محمد بن ابن وهب يعاقب الشاهدان ان أتيا ذلك عن معرفة انه لا يصلح وان جهلا ذلك لم يعاقب اذ ابن
حبيب ويعاقب الناكح والمنكح قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندى في قول عمر رضى الله عنه
أنه يوجب الحد فيه اذا لم يقع الاشهاد به وظهر بهما بعد البناء والافرار بالوطء من غير اعلان ولا
اشهاد وكذلك روى ان قول عمر انما كان في امرأة مولودة تزوجها ربيعة بن أمية الجمحي نكاح

سرفعلت منه فدرأ عنها الخدم عمر رضى الله عنه لما لم يكن تقدم في ذلك ولما قدر بهما من الجهل بمنعه فيكون قول عمر لو كنت تقدمت فيه لرجت بمعنى انه لو تقدم في ذلك تقدمت المنع هذين النكتين عليه ولا يكونان ممن يجهل حكمه فيه لرجت لما ظهر من حل المرأة دون بينة تشهد بعقد النكاح ص **مالك** عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان بن يسار ان طليخة الاسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضر بها عمر بن الخطاب رضى الله عنه وضرب زوجها بالخففة ضربات وافرقت بينهما ثم قال عمر بن الخطاب أيما المرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ففرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها ففرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال مالك وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها **ش** قوله ان طليخة الاسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضر بها عمر بن الخطاب فضر بها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالخففة ضربات وافرقت بينهما ثم قال عمر بن الخطاب أيما المرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ففرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها ففرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال مالك وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها **ش** قوله ان طليخة الاسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضر بها عمر بن الخطاب فضر بها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالخففة ضربات وافرقت بينهما ثم قال عمر بن الخطاب أيما المرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ففرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها ففرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال مالك وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان بن يسار أن طليخة الاسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضر بها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالخففة ضربات وافرقت بينهما ثم قال عمر بن الخطاب أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ففرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها ففرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال مالك وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها

(فصل) وقوله فضر بها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالخففة ضربات يريد على وجه العقوبة لها لما ارتكبه من المحظور وهو النكاح في العدة وقد قال ابن حبيب في التي تزوج في العدة فميسها الزوج أو يقبل أو يباشر أو يغمر أو ينظر على وجه اللذة ان على الزوجين العقوبة وعلى الولي وعلى الشهود من علم منهم انها في عده ومن جهل منهم ذلك فلا عقوبة عليه وقال ابن المواز على الزوجين الحدان كأنهما عمداً ذلك فيحتمل قول ابن حبيب على من علم بالعدة ولعله جهل التعريم ولم يتعمد ارتكاب المحظور فذلك الذي يعاقب وعلى ذلك كان ضرب عمر رضى الله عنه المرأة وزوجها بالخففة ضربات وتكون العقوبة والذنوب بحسب المعاقب ويعمل قول ابن المواز على انهما عمداً التعريم وتقع ارتكاب المحظور جرأة واقداما واستخفافا وقد قال الشيخ أبو القاسم انهما روايتان في المتعمد احدهما يحد والثانية لا يعاقب ولا يحد

(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ففرقت بينهما ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان عمر بن الخطاب على سبيل تعليم من يجهل ذلك والتقديم الى الناس فيه والرجوع عنهم ثم بين حكم غير المدخول بهما من حكم المدخول وذلك ان التفريق بينهما لا يمتنع لان الوجهين لان العقد صا في زمن العدة فكان فساد في عقده

(فصل) وقوله ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول يقتضى أن تكون الفرقة قبل انقضاء العدة ولو لم يقع الفسخ الا بعد انقضاء العدة لما كان عليها عدة

(فصل) وقوله ثم كان خاطبا من الخطاب يريد ان مجرد العقد لا يتأبد به التعريم قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول عمر بن الخطاب والثانية ان التعريم يتأبد بمجرد العقد قال ووجه القول الأول ان هذا لم يدخل بشبهة في النسب فلم يتأبد بتعريمه أصله اذا واعد ولم

يعقد قال ولان مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به التحريم المؤبد حتى يقارنه الوطء أصله اذا كانت تحته امرأة فتزوج ابنتها ولم يبطأها وهذا الدليل الذي أورده القاضي أبو محمد غير مسلم واخلاف في أصله كالخلاف في المسئلة التي أراد اثباتها قال القاضي أبو محمد وجه القول الثاني ان هذا نكاح في عدة فوجب أن يتأبد به التحريم أصله اذا بنى بها وأيضا ما منع حسب الباب استوى قليله وكثيره كشهادة الأب لابنه

(فصل) وقوله رضى الله عنه وان كان دخل بها ففرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر يريد أنه ان دخل بها الذي تزوجها في عدة الأول فانه يفرق بينهما ثم تعتد عدتها من الأول فاذا انقضت استأنفت عدة من الثاني وقد اختلف قول مالك في ذلك فروى محمد عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك ان عدتها من الثاني تكفيها من يوم فرق بينهما وقال أبو حنيفة والرواية الثانية عنها اذا انقضت عدتها من الأول استأنفت عدة من الثاني وبه قال الشافعي وجه الرواية الاولى وهي الأظهر عندي قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن جهة القياس انه أجل فجاز أن ينقض بمضى مدة واحدة في حق اثنين أصله أجل الدين ومن جهة الاستدلال ان العدة من حقوق النكاح وحال بقاء النكاح أكد وأقوى ومعلوم أن الوطء بشبهة اذا طرأ مع قيام النكاح لم يمنع النكاح من أن يتعقب العدة الوطء فبأن لا تمنع العدة من تعقب العدة الوطء أولى وأحرى ووجه الرواية الثانية ان هذه مدة مضروبة لاستيفاء الحق فيها فلم يجز أن يستوفى فيها اتيان الحق على الكمال أصله مدة الاجازة (فرع) فاذا قلنا بان العدتين لا يتداخلان فان ذلك في الاعتداد بالاقراء أو بالشهور فاذا كان الاعتداد بالحل فان عدة وضع حملها يكفيها عنهما جميعا واه محمد عن أشهب ووجه ذلك ان وضع الحمل براءة متيقنة ولذلك لم تعتبر فيها مدة فالمطلقة والمتوفى عنها زوجها تحل بوضع الحمل وان كان بعد سبب عدتها بلحظة وأما الاستبراء بالاقراء والأشهر فطريقه الظاهر وبذلك يلحق الحمل بعد الاقراء والأشهر فان كان الحمل من الثاني وقد دخل بها بعد حيضة ولدت لستة أشهر فصاعدا روى ابن مزين عن أصبغ انه يبرئها الوضع من الاستبراء ولا يجزئها من العدة لان عدة الطلاق من الزوج بالحيض ولا يجزئها الوضع لانه من غيره وفي الموازنة من رواية أشهب عن مالك ان ذلك يبرئها من الزوجين قال محمد وان في ذلك لضعفا وتأنيفا ثلاث حيض بعد الوضع قال مالك وابن القاسم ولو كان الحمل من زنى لم يبرئها وضعه ولا تبرأ بوضع من لا يلحق الا في الملاعة لانه يلحق به ان استلحقه (مسئلة) واذا كانت العدة عدة وفاه لم يبرئها الا أقصى الأجلين بعيدين الأول أربعة أشهر وعشر تلزم فيها الاحداد وتعتد من الثاني ثلاثة قروء قال في المدونة فان كانت مرتبة أو مستحاضة اعتدت سنة من يوم فسخ نكاح الثاني فان انقضت عدة الوفاة قبل أن تنقضى عدة الثاني سقط عنها الاحداد ولهن كانت العدة الاولى من طلاق نظر الى ما بقى من عدتها من يوم مفارقة الثاني له فان كانت حيضة أو حيضتين سقط عن الأول بانقضاء عدته ما لم يمتد من السكنى فانتقلت الى حيث شاءت تتم بقية الاستبراء وان كان طلاق الأول رجعيا وأراد رجوعها قبل أن تنقضى عدتها كان له ذلك يشهد على رجوعها ولا يقربها ولا يدخل بها حتى تتم الاستبراء روى ذلك كله ابن مزين عن أصبغ

(فصل) وقوله ثم لا يجتمعان أبدا يريد أن التحريم بينهما يتأبد فلا تحل له أبدا وذلك انه أخبر عن نكاح في العدة دخل بها ولذلك قال انه يفرق بينهما ثم تعتد بقية عدتها من الأول وهذا صريح فان

بناه بها كان قبل انقضاء عدة الاول وعلى كل حال فلا يخلو النكاح في العدة اذا بنى بها ان يبنى بها في العدة أو بعدها فان كان بنى بها في العدة فان المشهور من المذهب أن التحريم يتأبد وبه قال ابن حنبل وروى الشيخ أبو القاسم في تقريره في التي يتزوجها الرجل في عدة من طلاق أو وفاة عالم بالتحريم وابتين احدهما أن تحريمها يتأبد على ما قدمناه والثانية انه زان وعليه الحد ولا يلحق به الولد وله أن يتزوجها اذا انقضت عدتها وبه قال أبو حنيفة والشافعي ووجه الرواية الاولى وهي المشهورة ما ثبت من قضاء عيسى بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وقيامه به في الناس فكانت قضايه تسير وتنتشر وتنقل في الأمصار ولم يعلم له مخالف فثبت انه اجاع قال القاضي أبو محمد وقد روى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ولا مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره وهذا حكم الاجماع والدليل على ذلك من جهة القياس ان العقد الثاني عقد نكاح تقدمه بناء نكاح في عدة فوجب أن يبطل أصل ذلك اذا عرا من الشهود ووجه الرواية الثانية ان هذا لو طء ممنوع فلم يتأبد تحريمه كمالو زوجت نفسها أو زوجت متعة أو زنت وقد قال القاضي أبو الحسن ان مذهب مالك المشهور في ذلك ضعيف من جهة النظر والله أعلم (فرع) فان طلق رجل امرأته ألبتة ثم تزوجها قبل أن تنقضي عدتها فقد روى ابن حبيب عن ابن نافع انه كالأجنبي لا تحل له أبدا وروى محمد عن أشهب عن مالك فحين صالح امرأته على انها ان طلبت الذي اعطته فهي امرأته فطلبت ذلك ففرد الهيا وراجعها وأصابها انه يفرق بينهما ولا يتنا كحان أبدا لانه نكحها في عدتها قال محمد سألت غير واحد من أصحاب مالك فكلمهم أبي هذا الجواب وقالوا لا تحرم عليه أبدا وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأصحاب مالك في مسئلته انها تحل له بعد انقضاء العدة ووجه القول الاول انه متزوج في عدة ممنوع من التزوج فيها فأشبهه الاجنبى ووجه القول الثاني وهو الاظهر انه ليس ممنوع لاجل العدة وانما منعه انه لا يجوز له نكاحها إلا بشرط قد عدم فأشبهه الذي تزوج امرأة على أخيها (فرع) ومن تزوج أم ولد بعد وفاة سيدها قبل أن تحيض الحيضة التي تؤمر بها فقد قال ابن القاسم عن مالك في المدونة انه كالمتزوج في العدة قال سحنون وقد روى عن مالك انه قال ليس كالمتزوج في العدة ووجه القول الاول ما أشار اليه مالك من أنها تزوجت حال حرمتها وهي ممنوعة من النكاح من أجل مستبجح لو طأها كمالو في غناها زوجها وأما القول الثاني فبنى على أنه ليس لذلك حكم العدة وانما له حكم الاستبراء خاصة وسنين الفرق بينهما ان شاء الله تعالى (فرع) ومن تزوج أمة أو أم ولد اعتقت قبل أن تحيض حيضة فقد قال ابن القاسم في المدونة يسلك به سبيل المتزوج في العدة اذا أصاب واذا لم يصب وكذلك قال مالك فحين طلق أمة فأصابها سيدها في عدتها قال ابن القاسم وكذلك كل من أصاب بملك الميمن معتدة من نكاح أو أصاب بنكاح مستبرأة من ملك يمين (مسئلة) وهذا كله اذا كان البناء في العدة فان نكح في العدة ولم يكن منه وطء فيها ولكنه قبل أو باشر فقد روى أصبغ في كتاب محمد عن ابن القاسم في ذلك قولين أحدهما تأييد التحريم والثاني غير مؤيد قال أصبغ وقول ابن القاسم أحب اليّ أمره بذلك ولا أقضي له عليه وهذا رواية عيسى عن ابن القاسم ووجه القول الاول ما أخرج به ابن القاسم ان كل ما ثبت تحريمه بالوطء فانه يثبت بالتقبيل والمباشرة كتحريم الربائب ووجه القول الثاني ما ذهب اليه من أن المباشرة والقبلة إنما يجرى مجرى الوطء فيما ثبت تحريمه بالتزويل وأما ما ثبت بضرب من الاجتهاد فلا يجرى مجراه (فرع) ولو أرخت الستور على النكاح في العدة ثم قال لم

أمس وصدقته المرأة فقد روى محمد وابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب لا ينكحها أبد يقضى عليه بذلك قال محمد وهو الصواب ولو صدقت في مثل هذا لاسقطت عن نفسها العدة (مسئلة) ومن عقد في العدة ودخل بعد العدة في ذلك روايتان روى عن مالك في المدونة يتأبدتحرر بها وقال المخزومي لا يتأبدتحرر بها إلا بالوطء في العدة وجه الرواية الأولى أنها موطوءة بنكاح في العدة فتأبدتحرر بها كالتى تصاب في العدة ووجه الرواية الثانية أنها غير موطوءة بنكاح في العدة فلم يتأبدتحرر بها كالتى لم يوجد منها إلا العدة (مسئلة) وان لم يوجد منه وطء أصلا في العدة ولا غيرها قال القاضي أبو محمد يفسخ نكاحه وفي تأييد التحريم روايتان أحدهما نفيه والأخرى إثباته وجه نفيه وهو الظاهر أنه لم يوجد فيه معنى تأييد التحريم وهو داخل الشبهة في النسب ومجرد العقد الفاسد لا يتعلق به تأييد التحريم لم يقارنه وطء أصله إذا كانت تحته امرأة فتزوج ابنتها ولم يطأها قال القاضي أبو الوليد وهذا عندى ينتقض بالعقد على البنت فإنه يوجد تحريم الأم ووجه إثبات تأييد التحريم اعتباره بالوطء (مسئلة) وان واعدته في العدة أن لا تنكح زوجا غيره ونكحها بعد العدة فقد روى محمد عن ابن وهب وأشهب عن مالك يفسخ نكاحه دخل بها أو لم يدخل وروى محمد عن أصبغ أنه ضعف الفراق فيه وقال أنه يؤمر بذلك ويؤثم فيه ولا يقضى به عليه قال لأنه ليس بنكاح في عدة واختار ذلك ابن المواز وجه القول الأول ما احتج به أصبغ من أن المواعدة هي المنهى عنها وقد قال الله تعالى ولكن لا تواعدةن سرا الآن تقولوا قولا معروفا وهذه المواعدة هي المنهى عنها بهاتم النكاح وعليها انعقد ووجه القول الثاني أنه عقد نكاح لم يتقدمه عقد ولا ميسس في العدة فوجب أن يصح كالذى لم يتقدمه مواعدة قال القاضي أبو محمد ان خطبها صريحاً في العدة ثم تزوجها بعد العدة ففيها روايتان استحباب الفراق والثانية إيجابه

(فصل) وقول سعيد ولها مهرها بما استحل من مهرها بدأ أن النكاح في العدة لها على زوجها المهران أصابها في العدة أو بعدها لانها لم تبذل له نفسها على وجه السفاح وانما بذلت له نفسها على وجه شبهة النكاح وذلك يوجب لها المهر بالميسس وانما روى ذلك عن سعيد مفردا لان الزهرى روى عن سليمان في هذا الحديث أنه قال لها مهرها في بيت المال كذلك رواه معمر عن الزهرى عنه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلها المهر المسمى قال ابن المواز وغيره من أصحابنا وهذا اذا اتفقا على قدر المهر فان اختلفا في ذلك فلا يخلو أن يختلفا قبل البناء أو بعده فان اختلفا قبل البناء فقد روى ابن المواز عن أصبغ ان كانت بكرا حلف أبوها على ما قاله فان أبي الزوج أن يدفع ما حلف عليه الأب والاحلف وأسقط ذلك عن نفسه وأما ان كانت ثيبا حتى لا يتم الأمر إلا بعلمها وحضورها فانها التي تحلف دون الولي قال وهو معنى قول ابن القاسم قال ابن حبيب وسواء اختلفا في قدر الصداق أو نوعه كان مما يصدق فيه النساء أو لا يصدقن (فرع) فان حلفا فقد ذكر القاضي أبو محمد يفسخ بينهما وهو لفظ المدونة وروى عن الشيخ أبي عمران أن ذلك يجري على الاختلاف المذكور في البيع قال وقد نص المغيرة على أنه اذا رضى أحد هاتين النكاح بينهما وجه القول الأول ان تخالف الزوجين يقتضى وقوع الفرقة بينهما كاللعان ووجه القول الثاني إعتباره بالبيع على ما تقدم (فرع) وان اختلفا بعد البناء فالقول قول الزوج قاله ابن القاسم لأنه مدعى عليه فان حلف برى فان نكلت المرأة واستحقت ما ادعت من ذلك وهذا كله يجري مجرى البيع وقد بسطنا القول فيه في البيوع (مسئلة) وان اختلفا في قبض الصداق واتفقا على قدره وجنسه فان كان ذلك

قال مالك الأمر عندنا في
المرأة الحرة يتوفى عنها
زوجها فتعتد أربعة
أشهر وعشرا انها لا تنكح
ان ارتابت من حيضتها
حتى تستبرئ بنفسها من
تلك الزينة اذا خافت الحل
﴿ نكاح الأمة على الحرية ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
انه بلغه أن عبد الله بن
عباس وعبد الله بن عمر
سئلا عن رجل كانت
نحته امرأة حرة فأراد أن
ينكح عليها أمة فكرها
أن يجمع بينهما

(نكاح الأمة على الحرّة) *

ص * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر سئلا عن رجل كانت تحت امرأة حرة فأراد أن ينكح عليها ففكرها أن يجمع بينهما * ش قوله ففكرها أن يجمع بينهما يريد أنها فكرها أن يجمع في ملكه حرة وأمة وانما ذلك في حق الحرة وكان السؤال انما ورد على نكاح الامه على الحرة فأجاب على منع الجمع بينهما وذلك أعم من السؤال لأن الجمع بينهما يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يتزوج الامه على الحرة وهو المسؤول عنه والثاني أن يتزوجها جميعا في عقد واحد والثالث أن يتزوج الحرة على الامه لكنه لما سأوت عندهما هذه الوجهه في المنع أجاب عن جميعها وان كانا سئلا عن أحدهما فأما الوجه الاول وهو أن يتزوج الامه على الحرة فقد كان من قول

مالك المنع من ذلك مع وجود المال ثم رجع فقال يجوز ويتخير الحرة وهو قول سعيد بن المسيب وبه أخذ ابن القاسم قال وقد قال مالك وإنه في كتاب الله تعالى حلال وجه القول الاول بالمنع قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فها ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم وذلك ان الحرة على هذا القول هي الطول الذي يتوصل به الى نكاح الحرة بمنع نكاح الامة فبان بمنع من ذلك كون الحرة زوجة له أولى وأحرى ووجه القول الثاني أن الطول هو القدرة على صداق الحرة لأنه السعة في المال فيه يتوصل الى ما يحتاج اليه من نكاح الحرائر فأما الحرة فليست تسمى طولا لغلة ولا ثمر عا ولا يتوصل بها الى ما يحتاج اليه من النكاح

(فصل) وأما قول مالك فإنه في كتاب الله تعالى حلال فقد قيل لمحمد بن المواز أن ذلك في كتاب الله فقال أراه يريد قوله تعالى وأنكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وهذا عام قال محمد فهذه عند مالك ناسخة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت :كم وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن القاسم كان يذكر أنه سمع مالك يقول نكاح الامة في كتاب الله حلال فاستوقفناه عليه في أي كتاب الله تعالى هو حلال وفي أي الآيات فقال لأدرى ومآله محمد فيه نظر لأن النسخ لا يثبت الا بدليل وأيضا فان الآية الناسخة عنده عامة والمنسوخة خاصة في موضع الخلاف فيجب أن يقدم الخاص على العام الآن ينقل النسخ في ذلك والأوضح عندي أن يكون معنى قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فها ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فأباح له نكاحها بوجود شرطين وبقي ما عدم فيه الشرطان مسكوتاً عنه على معنا القول بدليل الخطاب ومنعنا أن يكون لفظ ذلك من ألفاظ الحصر ثم ورد قوله تعالى وأنكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم وامائكم عاما مطلقا دون شرط فكان ما قبل الآية المقيدة من الآية المطلقة موافقا لها ومائلا لمعناها وما زاد على ذلك من الآية المطلقة فقيد في الآية المطلقة وسكت عنه في الآية المقيدة وبهذا نقول في الآية المطلقة والآية المقيدة متى وردت في حكم واحد متعلق بسبب واحد فاما يحمل المطلق من اللفظ على اطلاقه والمقيد على تقييده ويحتمل وجه آخر وهو أن يكون قول مالك وإنه في كتاب الله تعالى حلال راجعا الى سؤال السائل عن نكاح الامة على الحرة فقال انه في كتاب الله تعالى حلال وأشار الى قوله عز وجل فمن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فها ملكت أيمانكم الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم يريدانه جائز مع وجود هذين الشرطين وان كون الحرة عنده لا يمنع الاباحة لانها ليست بطول ولا يأت من معها العنت فيكون هذا معنى ما تضمنه كتاب الله تعالى من تحليل ذلك والله أعلم (فرع) فاذا ثبت انه ممنوع فهل ذلك على التعريم أو على الكراهة في المدونة ما يدل على القولين لان مالك قال من تزوج أمة على حرة فرق بينه وبين الأمة وبه قال أشهب وابن عبد الحكم قال ثم رجع فقال ان تزوجها خيرت الحرة واختاره ابن القاسم فايحب الفسخ يقتضي التعريم ومنع الفسخ مع منع النكاح أو لا يقتضي الكراهية دون التعريم وأما اذا كان واجدا للطول الذي هو المال ففي كتاب محمدان مالك قال لا بأس للحر بعتة الحرة وليس عنده ما يزوج به حرة وخاف العنت أن يتزوج أمة قال ابن وهب ثم قال بعد ذلك مالك ذلك جائز وللحرة الخيار فعلى هذا

في نكاح الأمة على الحرية ثلاث روايات أحدها لا يجوز وأن عدم الطول الذي هو المال وخاف العنت إذا كانت تحته حرة والثانية يجوز وأن لم يجد طولاً ولا خاف عنتاً والثالثة يجوز مع عدم الطول وخوف العنت ولا يجوز مع وجود الطول وأمان العنت والطول في القولين الآخرين أظهر في المال وإن كان يجوز أن يراد به الحرية (فرع) فإذا قلنا أنه ينكح الأمة على الحرية فإن الحرية الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون ضررها أمة وما الذي يكون لها من الخيار قال مالك في المدونة في أن تقيم معه أن أحببت أو تفارقه إن شئت قال ابن الماجشون والمغيرة إنما يكون الخيار للحرية في أن تقيم أو تفارق إذا كانت هي الداخلة على الأمة وأما إذا كانت الأمة هي الداخلة عليها فالخيار للحرية في نكاح الأمة إن شئت أقرته وإن شئت ردت وجه القول الأول أن الخيار إذا ثبت لأحد الزوجين بمعنى في جهة الآخر فإما يكون خياره في أن يقيم أو يفارق ولا يتعدى خياره إلى غيره كعيب الحب والخصاء والجذام والبرص ووجه الرواية الثانية أنه إنما يثبت له الخيار لازالة الضرر الذي لحقها لكون الأمة ضرة لها وادخله عليها فلها أن تزيله عن نفسها بردنكاحها ومتى قلنا أن خيارها من أن تفسخ نكاحها كان خياراً في زيادة الضرر لا في إزالته (فرع) وهذا يكون للحرية أن تطلق نفسها بطلقة واحدة أو بطلقة مبهمه وتكون واحدة بآئنة وإن كان دخل بها وإن اختارت نفسها بالبتات كانت ثلاثاً وقد خالفت السنة وفي التي تزوج الأمة عليها ليس لها أن تطلق نفسها الاطلقة واحدة بآئنة ولا فرق بين الموضعين فتخرج الرواية في المسئلتين جميعاً وإنما كانت الطلقة الواحدة بآئنة في ذلك لأن المعنى الذي أوجب الطلاق باق ثابت وهو وجود الآئنة في عصمته فإذا كان سبباً لإبطال النكاح الصحيح لم يصح الاجتماع معه لأن الخيار الثابت لها بالشرع في أن تطلق نفسها يبطل الرجعة وكل طلاق لا نصح الرجعة معه فانه بائن كخلع والطلاق البائن ويلزم على هذا النصرانية تسلم تحت النصراني ثم يسلم في مدتها فانه أزوجته لأن إسلامها ليس بطلاق ولا يحتاج بإسلامها إلى اجتماع ولا يلزم على هذا فرقة المولى فإن الرجعة فيه معتبرة بالوطء ولأن ضرر كون الأمة ضرة لها ثابت مستدام في جميع الأوقات والأحوال لا يكون في وقت دون وقت فأشبه ما يوجد بجسمه من برص أو جذام وأما ضرر الامتناع من الوطء فإن الوطء لا يستدام وإنما هو في وقت دون وقت فأشبه الاعتبار بالمنفعة ص **عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول لا تنكح الأمة على الحرية إلا أن تشاء الحرية فإن طاعت الحرية فلها الثلثان من القسم** ش قوله رضى الله عنه لا تنكح الأمة على الحرية إلا أن تشاء الحرية (فرع) من أحد القولين اللذين قدمناهما أن له أن يتزوج الأمة على الحرية مع وجود الطول وأمان العنت والثاني ليس له ذلك إلا مع عدم الطول وخوف العنت وأمان من منع نكاح الأمة على الحرية فلا خيار ولا مشيئة في ذلك للحرية قال أصبغ في الواحظة والموازاة وإنما وجه الحديث عندنا أن تخير المرأة إذا نكح عليها الأمة إنما ذلك فيمن يجوز له أن يتزوج الأمة بالثنية والشرط وذلك بأن لا تكفيه الحرية ولا بدله من غيرها فيخاف العنت ولا يجد طولاً ولا إلى حرة أو هوى أمة معينة هوى غالباً فيخاف على نفسه فيها العنت أن لم يتزوجها فيجوز له حينئذ أن يتزوجها على الحرية فيكون للحرية الخيار على ما قدمناه

(فصل) وقوله فإن طاعت الحرية فلها الثلثان من القسم يريد أن طاعت بالمقام معها في تلك الحال فإن للحرية من القسم الثلثين واللامبة الثلث وقد اختلف قول مالك في هذا فقليل هذا القول رواه ابن حبيب عن مالك إذا كان الزوج حراً وفي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك أنه رجع قيل

* وحدثنى عن مالك
عن يحيى بن سعيد
عن سعيد بن المسيب أنه
كان يقول لا تنكح الأمة
على الحرية إلا أن تشاء
الحرية فإن طاعت الحرية
فلها الثلثان من القسم

موته الى أن للحررة الثلثين من القسم والدللة الثالث والقول الثاني يقسم بينهما بالسواء وهو اختيار ابن القاسم قال ابن المواز وعليه ثبت مالك وبه قال ربيعة وجه القول الأول بان القسم بقدر الثواء بدليل ان الصغيرة التي لا تسلم اليه لاحظ لها من القسم فلما كانت الحررة يثوى عندها ليلا ونهارا والأمة في الليل دون النهار وجب أن يكون حظ الحررة من القسم أكثر ووجه القول الثاني ان هذا حق من حقوق الزوجة فوجب أن تستوى فيه الحررة والأمة كالنفقة والكسوة (مسئلة) وهذا اذا كان الزوج حرافا كان عبدا فلا خلاف في المذهب أن يسوي بينهما في القسم الا ما قاله ابن الماجشون فانه قال يفضل الحررة على الأمة وجه القول الأول ان الأمة قد ساوت العبد في الحرمة فلا تفضل عليها في القسم كالحررة تحت الحر ووجه قول ابن الماجشون ان هذا عبدا فكان حكمه أن يفضل الحررة على الأمة في القسم كالحر ص قال مالك ولا ينبغي لحر أن يتزوج أمة وهو يجده طولاً لحر ولا يتزوج أمة اذا لم يجد طولاً لحر إلا أن يخشى العنت وذلك ان الله عز وجل قال في كتابه ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أي ما نكح من فتياتكم المؤمنات وقال ذلك لمن خشي العنت منكم * قال مالك والعنت هو الزنا * ش وهذا كما قال ان الحر لا يجوز له أن يتزوج الأمة الا بشرطين أحدهما عدم الطول والثاني خوف العنت هذا المشهور من مذهب مالك رواه عنه في المدونة ابن القاسم وابن وهب وعلى بن زياد وابن نافع وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلى بن أبي طالب وجاعة من الصحابة والعلماء وفي العتية والواضحة من سماع ابن القاسم عن مالك انه أجاز للحر نكاح الأمة مع وجود الطول وأمن العنت وحكى القاضي أبو الحسن ان قول مالك هذا انما هو لمن لم تكن تحت حرة على هذه الرواية فأما ان كانت تحت حرة فلا يجوز له ذلك لان الحررة عنده هي الطول وقد تقدم بسط الكلام في ذلك بما يغني عن اعادته

(فصل) والدليل على اعتبار الشرطين المذكورين قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أي ما نكح من فتياتكم المؤمنات ثم قال تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فشرط في استباحة نكاح الاماء أن لا يستطيع طولاً بنكاح حرة ويخاف العنت ان لم يتزوج الأمة واذا كان هذان المعنيان شرطين في الاباحة لم يجز له ذلك مع عدمهما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندني انما يصح التعلق به لمن قال بدليل الخطاب في الشرط لانه أباح هذا النكاح بالشرطين وليس في الآية ما يدل على المنع منه مع عدم الشرطين ولمن قال ان لفظة ذلك من ألفاظ الحصر الا أن المشهور من قول الصحابة المنع من ذلك مع عدم الشرطين المذكورين والمنع من ذلك مع عدم الزوجة الحررة على ما أشار اليه القاضي أبو الحسن ليس بظاهر من أقوال الصحابة ولا يكاد أن يصح على هذا التحريم من قولهم وأما قول ابن المواز باجازه ذلك على الإطلاق فيتناوله عموم الآيتين ان لم يمنع منه اجماع وقدر وى عن مجاهد وسفيان الثوري (فرع) اذا ثبت ذلك فقد اختلف قول مالك في الطول المذكور في الآية ففي المدونة من رواية ابن وهب وابن نافع عن مالك ان الطول المال وقد تقدم من رواية القاضي أبي الحسن عن مالك ان الطول أن يكون في عصمة حرة رواه ابن المواز عن مالك وقال اذا كانت تحت حرة لم يتزوج أمة وان عدم الطول الذي هو المال وخاف العنت وجه القول الاول وهو الاظهر ان الطول في كلام العرب الغنى وكثرة المال قال الله تعالى استأذنك أولو الطول منهم وقالوا ذرنا نكح مع القاعدين

قال مالك ولا ينبغي لحر أن يتزوج أمة وهو يجده طولاً لحر ولا يتزوج أمة اذا لم يجد طولاً لحر إلا أن يخشى العنت وذلك ان الله تبارك وتعالى قال في كتابه ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أي ما نكح من فتياتكم المؤمنات وقال ذلك لمن خشي العنت منكم قال مالك والعنت هو الزنا

يريد أولى الغنى ولا نعلم اسم الطول يقع على الحرة بوجه في لسان العرب كما لا يقع عليها اسم الغنى واليسار ووجه آخر وهو أنه تعالى قال فمن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فجعل الطول مما يتوصل به إلى نكاح الحرة ولو كانت الحرة طولا لم يجعله شرطا في الوصول إليها لأنه لا يصح أن يقول ومن لم يستطع منكم حرة أن ينكح حرة ولما علق الاستطاعة على الطول في الوصول إلى الحرة علم أن الطول غير الحرة وإذا تقرر هذا فمن قال إن الطول المال فالتكاح عنده بمعنى العقد ومن قال إن الطول الحرة فالتكاح عنده بمعنى الوطء والله أعلم (فرع) فإذا قلنا إن الحرة ليست بطول فإن كان عنده زوجتان أو ثلاث فليس بطول وله أن يتزوج الأمة لوجود شرطه بإباحة ذلك رواه ابن المواز عن عبد الملك عن مالك وإذا قلنا إن الطول هو المال فكذلك المعتبر منه روى ابن حبيب عن أصبغ أنه قال عدم الطول أن لا يجد ما يصلح لنكاح الحرة وهي المحصنة المذكورة في قوله تعالى أن ينكح المحصنات من المهر والنفقة والمؤنة ونكاح الأمة أخف عليه وربما كانت نفقتها على غيره وروى ابن المواز فيمن قال أنا أجدهما تزوج به حرة ولا أجدهما أنفق عليها ليس له أن يتزوج أمة إنما ذال الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فظاهر هذا اللفظ يقتضي ما يتوصل به إلى النكاح وهو المهر وقول أصبغ محتمل لأنه إذا لم يجد ما ينفعه على الحرة لم يصل إلى الاستمتاع بها وبها من العنت وقد قال جابر بن زيد لا يجوز اليوم لأحد نكاح الأمة لأنه لا يجد نكاح الحرة بما ينكح به الأمة (فرع) وسواء كان ما يقدر به على نكاح الحرة نقدا أو عرضا أو دينا على ملى أو ما يمكن بيعه أو أجارته فهو طول رواه عبد الملك عن مالك قال ابن الماجشون والكتابة على المكاتب طول لأنه لا يمكن بيعها كالتين المؤجل وروى ابن حبيب عنه أنه قال المأبر والمعتق إلى أجل ليس بطول لأنه لا يمكن بيعه ولا يتصرف تصرف المال والمراد به عندي أن لم يكن من منافعه ما يتوصل به إلى نكاح الحرة ومعنى ذلك أن ما أمكن أخذ ثمنه والمعاوضة به فبلغ ثمنه ما يتوصل به إلى نكاح الحرة فهو طول وما لم يبلغ ذلك أو لم يمكن ذلك فيه فليس بطول والمدبر لا يمكن بيع رقبته ولا يبيع منافعه المدة الطويلة لأن أمره مترقب لجواز أن يموت أو يمرض فتد الإجارة فلذلك لم يعد طولاً

(فصل) إذا ثبت ذلك فمن تزوج أمة وهو يجد طولاً ولا يخاف عنتاً فإن قلنا يجوز ذلك فهو على نكاحه وإن قلنا بالرابية الثانية فقد روى ابن المواز عن أصبغ أنه يفسخ نكاحه فإن خاف العنت وهو واجد للطول فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك أنه يفرق بينهما قيل له أنه يخاف العنت قال السوط ثم خففه بعد ورجع عنه وروى عنه محمد وابن حبيب في الذي هو أمة بعينها هو لا يمكنه الصبر عنها وخاف على نفسه العنت أنه يجوز له أن يتزوجها وهذا مبني على القول الذي رجح إليه مالك وأما على تعليق الإباحة بشرطين فلا يجوز له ذلك مع وجود الطول إلى الحرة إلا أن يزيد بالطول ما يصل به إلى استحابة ما خاف على نفسه العنت بالامتناع منه من ثمن أمة على اختيار مالكها أو مهر حرة على اختيارها إن كانت معينة (مسألة) فإذا قلنا أنه يجوز نكاح الاماء مع عدم الشرطين فلا خلاف أن له أن يتزوج أربعا وإذا قلنا لا يجوز ذلك إلا مع وجود الشرطين فكذلك نكاح له من نكاح الاماء أن لم يزل خوف العنت إلا بنكاح أربع فإن له ذلك وإن زال خوف العنت بواحدة فروى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك أنه لا يجوز للعمر أن يتزوج أمة وعنده أمة إلا أن لا يجد طولاً ويخاف العنت وظاهر رواية ابن المواز يقتضي إباحة نكاح الأربع بعدم

الطول وخوف العنت قبل نكاح واحدة منهن (مسئلة) فاذا تزوج أمة لوجود الشرطين ثم وجد بعد ذلك الطول وأمن العنت فانه لا يلزمه فراق الأمة قاله ابن حبيب قال القاضي أبو الحسن وهو قول المزني فانه قال يفسخ نكاح الأمة والدليل على ما نقوله ان هذا نكاح أمة انعقد لوجود شرطي الاباحة فعدم أحد الشرطين لا يفسخ نكاحه كما لو عدم خوف العنت

(فصل) وهذا كله في الحر فاما العبد فان له أن يتزوج الأمة المسلمة على كل حال والدليل على ذلك أنه مساو لها في الحرية فجاز له أن يتزوجها دون عدم طول ولا خوف عنت كالحر يتزوج الحرة (مسئلة) فان تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة فلا خيار للحرة في قول مالك وجميع أصحابنا الامار واه ابن حبيب عن ابن الماجشون انه اذا تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة ولم تعلم بذلك الحرة فان لها الخيار كما لها مع الحر

(فصل) وقول مالك والعنت هو الزنا هذا الذي ذكره في الموطا وروى ابن المواز عن أصبغ قال بلغني عن ربيعة انه قال العنت الهوى وكان من أوعية العلم وأصل العنت في كلام العرب ما يشق على الانسان ويتعبه ويضن به وهذا موجود فحين بلغت حاجته الى النساء به خوف الزنا وموجود فحين بلغته حاجته مشقة الصبر الذي لا يستطيع عليه ويخاف معه مواقفته فكلما الوجهين يقع عليه اللفظ من جهة اللغة وانما يخاف من الهوى ما يعود الى الزنا فكلما التفسير ين يعود ان الى معنى واحد وقد قال صاحب العين العنت المشقة والعنت الهلاك وقيل الزنا

ما جاء في الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته فقارها

ص مالك عن ابن شهاب عن أبي عبد الرحمن عن زيد بن ثابت انه كان يقول في الرجل يطلق الأمة ثلاثا ثم يشتريها انها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره * ش قوله في الرجل يشتري الأمة بعد ان طلقها ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره على معنى انه اذا طلقها ثلاثا فقد حرم عليه الاسبقاع بها بكل سبب وعلى كل وجه الابدن زوج وروى عن ابن عباس وطاوس وغيرهما انه يجعل له بملك اليمين وان كان طلقها ثلاثا ولم تزوج غيره والدليل على ما نقوله وهو قول فقهاء الأمصار ان عقد النكاح في اباحة الوطء أقوى من عقد الشراء بدليل انه مقصوده فاذا لم يستبح وطئا بعقد النكاح فبان لا يبيح له وطئا بملك اليمين أولى وأحرى ص مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن رجل زوج عبدا له جارية فطلقها العبد ألبتة ثم وهبها سيدها له فهل تحل له بملك اليمين فقال لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره * وحدثني عن مالك انه سأل ابن شهاب عن رجل كانت تحته أمة مملوكة فاشتراها وقد كان طلقها واحدة فقال تحل له بملك يمينه ما لم يبت طلاقها فان بت طلاقها فلا تحل له بملك يمينه حتى تنكح زوجا غيره قال مالك في الرجل ينكح الأمة فتلد

ما جاء في الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته فقارها

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي عبد الرحمن عن زيد بن ثابت انه كان يقول في الرجل يطلق الأمة ثلاثا ثم يشتريها انها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره * وحدثني عن مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن رجل زوج عبدا له جارية فطلقها العبد ألبتة ثم وهبها سيدها له فهل تحل له بملك اليمين فقال لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره * وحدثني عن مالك انه سأل ابن شهاب عن رجل كانت تحته أمة مملوكة فاشتراها وقد كان طلقها واحدة فقال تحل له بملك يمينه ما لم يبت طلاقها فان بت طلاقها فلا تحل له بملك يمينه حتى تنكح زوجا غيره قال مالك في الرجل ينكح الأمة فتلد

منه ثم يتبعها انها لاتكون أم ولد له بذلك الولد الذي ولدت (٣٧٥) وهي لغيره حتى تلد منه وهي في ملكه بعد ابتاعه اياها

قال مالك فان اشتراها وهي

حامل منه ثم وضعت عنده

كانت أم ولده بذلك الحمل

فبانرى والله أعلم

ما جاء في كراهية

إصابة الأختين بملك اليمين

والمرأة وابنتها

* حدثني يحيى عن مالك

عن ابن شهاب عن عبيد

الله بن عبد الله بن عتبة

ابن مسعود عن أبيه أن

عمر بن الخطاب سئل عن

المرأة وابنتها من ملك اليمين

توطأ أحدهما بعد الأخرى

فقال عمر ما أحب أن

أخبرهما جميعا ونهى عن

ذلك * وحدثني عن

مالك عن ابن شهاب عن

قيصة بن ذؤيب أن رجلا

سأل عثمان بن عفان عن

الأختين من ملك اليمين

هل يجمع بينهما فقال عثمان

أحلتها آية وحرمتها آية

فأما أنا فلا أحب أن أصنع

ذلك قال نخرج من عنده

فلقي رجلا من أصحاب

رسول الله صلى الله عليه

وسلم فسأله عن ذلك فقال

لو كان لي من الأمر شيء

ثم وجدت أحدا فعل ذلك

لجعلته نكالا قال ابن شهاب

أراه علي بن أبي طالب

* وحدثني عن مالك أنه

بلغه عن الزبير بن العوام

مثل ذلك

منه ثم يتبعها انها لاتكون أم ولد له بذلك الولد الذي ولدت (٣٧٥) وهي لغيره حتى تلد منه وهي في ملكه بعد ابتاعه اياها قال مالك فان اشتراها وهي حامل منه ثم وضعت عنده كانت أم ولده بذلك الحمل فيأرى والله أعلم ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت زوجة الرجل ثم تلد منه لاتكون له أم ولد بذلك ان ابتاعها بعد ذلك لاتهم تلد منه بملك يمين ولا ملكها وهي حامل منه وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون أم ولد بما تقدم من ولادتها من قبل ملكها والدليل على ما نقوله انه لم يملكها حاملا منه فلا تكون أم ولده كما لو حلت منه بزنى

(فصل) وقوله وان اشتراها وهي حامل منه ثم وضعت عنده كانت أم ولد بذلك الحمل وقال الثوري والشافعي لاتكون أم ولد بذلك وان ملكها حاملا حتى تحمل منه وهي في ملكه والدليل على ما نقوله انه لم يملكها وهي حامل منه وعق عليه الولد بملك أبيه له سري العتق اليها لانه عتق عليه بالشرع

ما جاء في كراهية إصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابنتها

ص * مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن أبيه ان عمر بن الخطاب سئل عن المرأة وابنتها من ملك اليمين توطأ أحدهما بعد الأخرى فقال عمر ما أحب أن أخبرهما جميعا ونهى عن ذلك ش قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه في المرأة وابنتها لا أحب أن أخبرهما يريد لا أحب أن أكون واطئا لهما جميعا وذلك يقتضى انه متى وطئ أحدهما أيتهما كانت امتنع من وطء الأخرى فنهى عن ذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ابن وهب وقدي بنى عن عمر بن عبد العزيز انه قال قد نزل في القرآن النهى عن ذلك يريد والله أعلم حرمت عليكم أمهاتكم والآية وفيها وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم وهذا على أن يحمل النساء على مقتضى اللغة دون عرفها وكذلك الربائب فيكون التحريم عاما في الوطء بالنكاح وبملك اليمين وقد روى محمد بن مالك انه قال كل ما وصفت لك انه يحرم بالنكاح فانه يحرم بالملك يريد الوطء فيه قال مالك ولا بأس أن يجمع بينهما بملك اليمين فمن وطئ منهما الأم والأبنة فقد حرمت عليه بذلك الأخرى أبدا ووجه ذلك انه قد يملك على هذا الوجه من لا يجوز له وطؤها كالخاله والعمه فلذلك جاز له أن يجمع بينهما في ملك اليمين وان لم يجمع بينهما بالوطء فالجمع بينهما بعد النكاح ولذلك قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا أحب أن أخبرهما جميعا معناه أعرى حال هذه وحال هذه بالوطء مأخوذ والله أعلم من الاختبار (مسألة) وهذا حكم الوطء بملك اليمين وكذلك الالتئام منها بالنظر الى المعاصم والصدر ووجه ذلك ان من حرم للوطء فانه يحرم للنظر على وجه اللذة أصل ذلك اذا عقد على الابنة عقد نكاح ص * مالك عن ابن شهاب عن قيصة بن ذؤيب ان رجلا سأل عثمان بن عفان عن الأختين من ملك اليمين هل يجمع بينهما فقال عثمان أحلتها آية وحرمتها آية فاما أنا فلا أحب أن أصنع ذلك قال نخرج من عنده فلقي رجلا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال لو كان لي من الأمر شيء ثم وجدت أحدا فعل ذلك لجعلته نكالا قال ابن شهاب أراه علي بن أبي طالب * مالك انه بلغه عن الزبير بن العوام مثل ذلك ش السائل هو قباذ الأسلمى سأل عثمان بن عفان عن ذلك فقال عثمان رضى الله عنه أحلتها آية وحرمتها آية قال ابن حبيب يريد بآية التحليل قوله تعالى الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله تعالى والمحصنات من النساء الاما ملكت

أيمانكم ومعنى ذلك انه عم ولم يخص أختين من غيرهما وقوله حرمتها آية يريد قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين الاما قد سلف يردانها عامة في تحريم الجمع بين الأختين ولم يخص ملك يمين ولا غيره فاتفق فيهما أهل الامصار على المنع من ذلك وهو المشهور عن الصحابة رضي الله عنهم أجمعين والدليل عليه عموم قوله تعالى في آية التحريم فهذه الآية عامة في الملك وخاصة في الأختين وقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم عامة في الأختين وغيرهما خاصة في ملك اليمين فكلا الآيتين خاصة من وجه عامة من وجه آخر الا ان آية ملك اليمين قد دخلها التخصيص باجماع وهي في العمدة والخالة والأم من الرضاة فانه لا يجوز وطؤها بملك اليمين وآية التحريم لم يدخلها تخصيص فوجب حملها على عمومها وتخصيص الأخرى بها أولى وأحرى ص **✽** قال مالك في الأمة تكون عند الرجل فيصيبها ثم يريد أن يصيب أختها انها لا تحل له حتى يحرم عليه فرج أختها بنكاح أو عتاقة أو ما أشبه ذلك يزوجه عده أو غير عده **✽** ش وهذا كما قال انه لا يحل الجمع بينهما في الميسس بملك اليمين ولا غيره ولا بأس باجتماعهما في ملك يمينه ولا يخول أن يجتمعا في ملكه قبل وطء احدهما أو يبتاع احدهما فيطوئها ثم يبتاع الأخرى فان اجتماعهما في ملكه قبل الوطء فله أن يطأ أيتهما شاء فاذا وطئ احدهما حرمت عليه الأخرى حتى يحرم على نفسه التي وطئ لان معنى الجمع بينهما في أن يستبيع وطأها واما في ملكه فاذا نال احدهما حرمت عليه نيل الأخرى (مسئلة) فان باع التي وطئ ثم اشتراها قبل أن يطأ الثانية فهو بالخيار أيضا بين أن يطأ أيتهما شاء لان هذا ملك جديد لم يطأ فيه فهو بمنزلة الذي اجتمعتا في ملكه قبل أن يطأ واحدة منهما (مسئلة) فان باع التي وطئ ثم وطئ الأخرى ثم اشترى الاولى فانه يقيم على وطء الثانية التي وطئ بعدها ولا يحل له وطء الاولى لانه قد اشترىها بعد ان وطئ أختها وهي عنده دونها وهذا حكم المرأة مع عمتها وخالتها بالنسب والرضاع حكاه ابن المواز عن مالك

قال مالك في الأمة تكون عند الرجل فيصيبها ثم يريد أن يصيب أختها انها لا تحل له حتى يحرم عليه فرج أختها بنكاح أو عتاقة أو ما أشبه ذلك يزوجه عده أو غير عده

✽ النهي عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه **✽** * حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وهب لابنه جارية فقال لا تمسها فاني قد كسفتها

✽ النهي عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه **✽**

ص **✽** مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب وهب لابنه جارية فقال لا تمسها فاني قد كسفتها **✽** ش قول عمر رضي الله عنه لابنه حين وهبه الجارية لا تمسها يقتضي صحة ملك ابنه لمن لا يحل له وطؤها وانما نهى عنها ليعرف انه قد جرى له فيها ما حرّم على ابنه وطؤها والاستمتاع بها (فصل) وقوله رضي الله عنه فاني قد كسفتها يريد انه قد كشف عنها ونظر الى بعض ماستره من جسدها على وجه طلب اللذة والاستمتاع منها قال ابن حبيب من ملك أمة فتلد منها بتقبيل أو بمجرىه أو مباشرة أو ملاعبة أو مغامرة أو نظرا إلى شيء من محاسنها نظر شهوة فكل ذلك يحرم على ابنه وعلى أبيه التلذذ بشيء منها ان ملكها بعده ورواه ابن المواز عن مالك وزاد وكذلك ان نظر الى ساقها أو معصمها تلذذ فلا تحل لابنه ولا لأبيه وقال القاضي أبو الحسن ان نظره الى فرجها أو غيره من جسدها لا يحرمها وقال والدليل لذلك أنه نظر الى جسدها من غير مباشرة ولا انزال فلم يحرم بذلك على ابنه أصل ذلك اذا نظر الى وجهها من غير لذة والدليل لصحة قول مالك ان هذا استمتاع مباح فوجب أن يحرم به على الابن كالوطء (مسئلة) فأما ان نظر إليها عند اشتراءه أو مرض فقامت عليه واطلعت على عورته ومنست ذلك منه أو مرضت فقام هو عليها ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يحرمها ذلك على أبيه ولا على ابنه قال أصبغ وذلك عندى اذا صبح هذا ولم يكن شيء من اللذة بقلب ولا بصر ولا بدولا فعل ووجه ذلك انه لم يوجد منه استمتاع ولا قصد الى التلذذ بها فلم يحرم على ابنه كاستخدامها

ص **ع** مالك عن عبد الرحمن بن المجران قال وهب سالم بن عبد الله لابنه جارية فقال لا تقربها فاني قد أردتها فلم أنشط اليها **ع** ش قوله لا تقربها يريد منعه من وطئها والاستمتاع بها وهذا اللفظ اذا استعمل فانه معناه المنع من المنفعة المقصودة المعتادة من ملك العين ولذلك قال تعالى ولا تقربا هذه الشجرة وانما أراد المنع من أكلها ثم بين ذلك بأن قال عز وجل فا كلا منها فبذت لهما سوأتها وقال ألم أنهيكم عن هذه الشجرة ولما كان المقصود من المرأة الوطء والاستمتاع بها كان المنع من أن يقربها منعا من وطئها

(فصل) وقوله فاني قد أردتها يعني انه أراد وطئها لان مثل هذا اللفظ من الارادة والشهوة والكرهية متى علق على عين فانه يقتضي تعلقه بالفعل المقصود منه فاذا قال أردت الجارية فانه يقتضي ارادة جاعها واذا قال أردت الطعام اقتضى ذلك ارادة أكله الا أن الارادة هاهنا يحتمل أن يريد بها الارادة بالقلب خاصة وهذا لا يحرم الا أن يقترب بها من المباشرة أو النظر ما يوجب التحريم وأما مجرد الارادة للغائب فلا يتعلق بها حكم ويحتمل أن يريد به عالجتها وحاولت ذلك منها وذلك الذي يتعلق به التحريم وأما عدم النشاط عن اكمال الجماع الذي حاوله أو اراده فلا لأنه لما وجد منه بالمحاولة ما يقتضي التحريم لزمه أن يخبر ابنه حين وهبه اياها بما يمنعه من الاستمتاع بها وأخبره بوجه المنع منها (مسئلة) وهذا يلزم كل من وهب ابنه جارية جرى فيها ما يحرمها عليه أن يعلم بذلك ليتوقاها وان لم يكن جرى منه ما يحرمها عليه ان يبين له ذلك فيعلم بذلك انها مباحة له فان لم يتبين له أحد الامر بن فقد قال ابن حبيب لا يحل لولد مسيس جارية ملكها أبوه ولا ولد مسيس جارية ملكها ولده وان كان صغيرا اذا بلغ مبلغ من يلدن الجوارى خيفة أن يكون قد مسها أو تلذذ منها بشئ حتى يبين الوالد للولد والولد للوالد انه لم يمسها ولا تلذذ بها بشئ منها **ص** **ع** مالك عن يحيى بن سعيد ان أبان هشل ابن الاسود قال للقاسم بن محمد اني رأيت جارية لي منكشفا عنها وهي في القمر فجلست منها مجلس الرجل من امرأته فقالت اني حائض فقامت فلم أقربها بعد فأهبا لأبي يطؤها فنهاه القاسم عن ذلك **ع** **ع** وحديثي عن مالك عن ابراهيم بن أبي عبلة عن عبد الملك بن مروان أنه وهب لصاحب له جارية ثم سأله عنها فقال قد هممت أن أهبا لابني فيفعل بها كذا وكذا فقال عبد الملك لمروان كان أروع منك وهب لابنه جارية ثم قال لا تقربها فاني قد رأيت ساقها منكشفة

ع وحديثي عن مالك عن عبد الرحمن بن المجران أنه قال وهب سالم بن عبد الله لابنه جارية فقال لا تقربها فاني قد أردتها فلم أنشط اليها **ع** وحديثي عن مالك عن يحيى بن سعيد أن أبان هشل بن الاسود قال للقاسم بن محمد اني رأيت جارية لي منكشفا عنها وهي في القمر فجلست منها مجلس الرجل من امرأته فقالت اني حائض فقامت فلم أقربها بعد فأهبا لأبي يطؤها فنهاه القاسم عن ذلك **ع** **ع** وحديثي عن مالك عن ابراهيم بن أبي عبلة عن عبد الملك بن مروان أنه وهب لصاحب له جارية ثم سأله عنها فقال قد هممت أن أهبا لابني فيفعل بها كذا وكذا فقال عبد الملك لمروان كان أروع منك وهب لابنه جارية ثم قال لا تقربها فاني قد رأيت ساقها منكشفة

والقصد اليه ولم يمنع من الوطاء إلا العجز
(فصل) وقول من وان قدر أيت ساقها منكشفاً يريد أنه قد رآه مكشوفاً فكشف عنه الثوب ولعله
قصد اللذة والاستمتاع بالنظر إلى ذلك منها فحرمت بذلك على ابنه وألم يقصد ذلك وأراد التناهي
في الورع والتوقف عما فيه بعض الشبهة عنده والله أعلم وأحكم

✽ النهي عن نكاح إماء أهل الكتاب ✽

ص ✽ قال مالك لا يجعل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية لأن الله تعالى يقول في كتابه والمحصات من
المؤمنات والمحصات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم فهن الخرائث من اليهوديات والنصرانيات
وقال الله تبارك وتعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصات المؤمنات فما ملكت
أيماكم من فتياتكم المؤمنات فهن الإماء المؤمنات قال مالك فأنما أحل الله فيما نرى نكاح الإماء
المؤمنات ولم يحلل نكاح إماء أهل الكتاب اليهودية والنصرانية ✽ ش وهذا كما قال أنه لا يصل
نكاح أمة يهودية ولا نصرانية وبهذا قال الشافعي وعامة الفقهاء غير أبي حنيفة فإنه قال بجواز ذلك
والدليل على ما نقوله ما استدلل به مالك رحمه الله من قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن
وهذا عام فيحتمل على عمومه والدليل على أن اسم المشركات يتناول اليهودية والنصرانية من جهة
اللغة أن معنى الشرك الاشرار بين شيئين ومن جعل عيسى بن مريم ابناً لله فقد أشركه معه وبذلك
تعلق عبد الله بن عمر بعموم هذه الآية في المنع من نكاح الخرائث الكتابيات وقال رضي الله عنه
لا أعلم شركاً أعظم من جعل لله صاحبة ولداً وأما من جهة الشرع فقوله تعالى وقالت اليهود
عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ذلك قولهم بأفواههم إلى قوله وما أمروا إلا ليعبدوا الها
واحداً لا اله الا هو سبحانه عما يشركون ومن جهة المعنى أن هذه امرأه اجتمع فيها نقصان مؤثران
في منع النكاح فلم يجز لمسلم أن يزوجها كالحرة المجوسية اجتمع فيها نقص الكفر ونقص عدم
الكتاب (مسئلة) اذ ثبت ذلك فلا يجوز هذا الحر ولا العبد فلأراد رجل أن يزوج عبده المسلم
من أمة نصرانية فقدرى ابن حبيب وابن المواز لا يجعل ذلك ووجه ذلك ان هذا نقص من جهة
الدين يمنع نكاح الحرفن نكاح المجوسية (مسئلة) ومن كان تحت من النصارى أمة نصرانية
فأسلم فقدرى محمد بن القاسم يفارقها وعن أشهب لا يفارقها وجه قول ابن القاسم انه معنى
ينافي ابتداء النكاح فوجب أن ينافي استدامته كالأخوة والأموثة وقال الشيخ أبو محمد في قول أشهب
لعله يريد أن أعتقت أو أسلمت لأنه ذكر محمد بن أشهب بعد هذا مثل قول ابن القاسم والله أعلم
(فصل) وقوله فان الله تعالى يقول في كتابه والمحصات من المؤمنات والمحصات من الذين أتوا
الكتاب من قبلكم فهن الخرائث من اليهوديات والنصرانيات يريد أن الاباحة انما تعلقت بالخرائث
خاصة دون الإماء لأن التحريم عام في كل مشركة بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن ثم
خص هذا الحكم بقوله تعالى والمحصات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم فهن الخرائث فأباح
تعالى نكاح خرائثهن وعلى ذلك جماعة الفقهاء وقالوا الآية مخصوصة بعموم الآية المانعة وقد تزوج
جماعة من الصحابة أهل الكتاب منهم عثمان بن عفان وطلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ولا نعلم أحداً
منعه غير عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعلق فيه بعموم الآية على ما تقدم ذكره (مسئلة) اذ ثبت
ذلك فقد كرهه مالك من غير تحرير رواه عنه جماعة من أصحابه واجمع لذلك بأن لا يرى أن ينعق

✽ النهي عن نكاح إماء
أهل الكتاب ✽
✽ قال مالك لا يجعل نكاح
أمة يهودية ولا نصرانية
لأن الله تبارك وتعالى
يقول في كتابه والمحصات
من المؤمنات والمحصات
من الذين أتوا الكتاب
من قبلكم فهن
الخرائث من اليهوديات
والنصرانيات وقال الله
تبارك وتعالى ومن لم
يستطع منكم طولا أن
ينكح المحصات المؤمنات
فما ملكت أيماكم من
فتياتكم المؤمنات فهن
الإماء المؤمنات قال مالك
فأنما أحل الله فيما نرى
نكاح الإماء المؤمنات
ولم يحلل نكاح إماء أهل
الكتاب اليهودية
والنصرانية

ولده عند من يشرب الخمر ويأكل الخنزير ويغديه وانما غداء الذين يمتثلون كل ما أمر الله به من غير محرم
الصبي فتضرب به على ما لا يجوز ويضاجعها الرجل ولا تغسل فتترك ذلك أفضل من غير محريم
(فصل) وقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت
أيماكم من فتياتكم المؤمنات قال مالك فهن الأماء المؤمنات قال مالك فاما أحل الله فيما نرى
نكاح الأماء المؤمنات يريد أنه قد أباح نكاح الأماء بالإيمان فقال تعالى من فتياتكم المؤمنات فقصر
هذا الحكم عليهن دون غيرهن ويحتمل أيضا أن يقال إن قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى
يؤمنن عام في الأماء وغيرهن فأخرج بالتحصيل بعد ما تقدم من إباحة المحصنات من الذين أوتوا
الكتاب الفتيات المؤمنات خاصة فبقى تحريم الآية العامة في الأماء الدائري لسن بمؤمنات بمنع
نكاحهن كباقي نكاح الخراف المجوسيات والوثنيات على التحريم لأنه لم يرد منهن بالتحصيل إلا
المحصنات من الذين أوتوا الكتاب دون المحصنات من غيرهن ص قال مالك والأمة اليهودية
والنصرانية تحل لسيدها بملك اليمين قال مالك ولا يحل وطء أمة مجوسية بملك اليمين * ش وهذا
كما قال إن الأمة الكتابية تحل بملك اليمين وذلك أن ابنه منها حر فلا يؤدي إلى أن يسترق ابنه
كافروا ن تزوجها أدى إلى أن يسترق ولده منها كافر فلذلك جاز وطؤها بملك اليمين ولم يجز بالنكاح
وأما المجوسية فلا يحل وطؤها بملك اليمين ولا عقد نكاح وعليه إجماع الفقهاء ما دامت على مجوسيتها
وان انتقلت إلى الإسلام جاز نكاحها ووطؤها بملك اليمين ويجوز ذلك فيها بمجرد إسلامها قبل أن
تصلى قاله ابن حبيب واحتج على ذلك بقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن والإيمان يكون
بإظهار الشهادة والاعتقاد وان لم يكن وقت عمل ولا صلاة والله أعلم وأحكم

ما جاء في الإحصان

قال مالك والأمة اليهودية
والنصرانية تحل لسيدها
بملك اليمين ولا يحل وطء
أمة مجوسية بملك اليمين
* ما جاء في الإحصان
* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن سعيد
ابن المسيب أنه قال
أنحصن من النساء هن
أولات الأزواج ويرجع
ذلك إلى أن الله حرم الزنا

ص قال مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال أنحصن من النساء هن أولات الأزواج
ويرجع ذلك إلى أن الله حرم الزنا * ش قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن أنحصن من
النساء هن أولات الأزواج فتقال به جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس
وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدري وقال به جماعة من التابعين وروى عن عطاء وطاوس أن المراد به
جماعة النساء اللاتي أحل له بالتزويج قال القاضي أبو إسحاق فتأول قوم من ذلك أن قوله أن أنحصن من
جماعة النساء اللاتي أحل له بالتزويج قال وانما قالوا بذلك جملة ولم يبلغوا به استقصاء التفسير وكذلك
قالوا في تفسيرها انما حرم الزنى فلم يبينوا أيضا مذاهبهم وانما جاء حقيقة التفسير من معناه على
قولين أحدهما من قال أن ذلك مما ملكت يمين الرجل من المسلمات فان له إذا اشتراها ولها
زوج أن يغشاها والقول الآخر ما جاء به الرواية في سبي أو طاس فان الآية انما نزلت في النساء
اللاتي هن أزواج في بلد الشرك فاذا سببن انقطعت العصمة بينهما وبين أزواجهن وهذا هو الوجه
الذي عليه عمل الناس فان نكاح العبد الأمة باذن سيدها ونكاح الحر لها باذن سيدها اذا لم يجد
طولا وخاف العنت بانت باجتماع المسلمين فليس يجوز نقضه إلا بحجة ولا نعلم للذين قالوا خلاف هذا
القول حجة يريد القاضي أبو إسحاق الرد على من قال يبيع الأمة طلاقا وهو قول سعيد بن المسيب
ويريد أنهم لم يتموا التفسير الذي أشاروا إليه وما قاله سعيد بن المسيب معناه أنه حرم ذوات
الأزواج إلا ما ملكت اليمين بابتياح جارية لها زوج فانها تحل له لأن يبيع الأمة يفسخ نكاح زوجها

ويزيل عصمته عنها فأسكر ذلك القاضي أبو اسحاق وذهب الى ان معناه الامن سبي جارية لها زوج
ببلد الحرب فانها تحل له بملك اليمين لان السبي يفسخ النكاح فاختر لذلك ان المحصنات هن ذوات
الأزواج وبه قال عمر بن الخطاب وعثمان وعلي وعبد الرحمن بن عوف وسعد وسعيد بن المسيب
وغيرهم واختار انه يباح منه بملك اليمين المسيبات ولم ينقل مالك من قول سعيد بن المسيب ان يبيع
الأمة طلاقها لم ير ذلك وأن الصواب قول من قال ان يبيع الأمة لا يؤثر في نكاحها فرقة وبه قال
أبو حنيفة والشافعي ويدل عليه ما روي في حديث بريرة أن عائشة رضي الله عنها اشترتها وأعتقتها
فخبرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان يبيعها يفسخ نكاحها لما خبرها

(فصل) وأما قول عطاء وطاوس ان المحصنات هن جماعة النساء وقولهما ان معنى قوله تعالى
الاماملكت أيمانكم الامأحل لكم من التزويج وقول القاضي أبي اسحاق انهما لم يبلغا نهاية
التفسير يحتمل أن يريد انهما قصر في النظر ولم يستوعبا استيعابا يصلان به الى الصواب وخالفهما
في موضعين في قولهما ان المحصنات هن جماعة النساء وفي قولهما ان ماملكت أيمانهم الزوجات
وما ذهب اليه صواب عندى لان لفظ المحصنات لا يقع على النساء وانما يقع على نوع ملك أو أنواع
وسند كره بعد هذا ان شاء الله تعالى والذي يدل على أن المحصنات لا يقع على جماعة النساء في قوله
تعالى والمحصنات من النساء ومن التبويض وهذا يقتضى ان المحصنات بعض النساء ولا تحمل من
على انها زائدة لان سيويه قال لا تكون زائدة الا في النفي في قولهم ما جاءني من أحد وان سلمنا
كونها زائدة فان الظاهر انها التبويض أول الجنس وهو يعود الى معنى التبويض فلا يعدل الى انها
زائدة لا بدليل ومما يدل على أن المحصنات لا يراد به جماعة النساء قوله تعالى الاماملكت أيمانكم
كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين واذا كان
المحصنات جماعة النساء لم يبق وراءهن من مباح فثبت أن المحصنات نوع من النساء فعلق التحريم
بهن وأحل غيرهن ويدل على ذلك أيضا انه تعالى حرم في أول الآية الأمهات والبنات والأخوات
وسائر أنواع ذوات المحارم ومما يحرم بالمصاهرة وهن من النساء فالظاهر انه ذكر بعد ذلك نوعا من
النساء لم يتقدم ذكره وعطفه على ما تقدم ولو سلمنا ان المحصنات جماعة النساء وثبت هذا بطلت أوثمرع
لم يكن في ذلك مخالفة لذهب مالك لانه يكون معناه والنساء محرمات على الرجال الاماملكت أيمانهم
بالنكاح وملك الرقبة وهذا وجه صحيح وقدرى عن عطاء وطاوس زوجتك ماملكت يمينك
وقد قال عبيدة السلماني ان المحصنات المذكورات في الآية هن ما زاد على الأزواج وأباح الأربع
بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم واستثنى من الزائد على الأربع ماملكت يمينه

(فصل) وقول سعيد بن المسيب ورجع ذلك الى أن الله حرم الزنى وروى ابن مزين عن عيسى
ابن دينار أن معناه لا يكون احصان بزنى ولا يكون الابتنكاح وهذا فيه نظر لانه ليس في الآية ذكر
للزنى ولا سماع على تأويل سعيد بن المسيب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندى أن
يكون معناه ان المحصنات اذا كن ذوات أزواج ولا يمكن أن ينعقد عليهن عقد نكاح فاما يتوجه
التحريم الى الوطء دون العقد وذلك زنى الا بملك اليمين الذى استثناه وما قلنا أولا من اختيار القاضي
أبي اسحاق أظهر ما قلناه فيه والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب وبلغه عن القاسم بن محمد
انهما كانا يقولان اذا نكح الحر الأمة ففسها فقد أحصنته * قال مالك وكل من أدركت كان يقول
ذلك تحصن الأمة الحر اذا نكحها ففسها * ش قال ابن شهاب والقاسم بن محمد اذا تزوج الحر

* وحدثنى عن مالك عن
ابن شهاب وبلغه عن
القاسم بن محمد أنهما كانا
يقولان اذا نكح الحر
الأمة ففسها فقد أحصنته
قال مالك وكل من أدركت
كان يقول ذلك تحصن
الأمة الحر اذا نكحها ففسها

الأمة فسها فقد أحصته يريد الاحسان الذي يجب به على المحسن اذ انزى الرجم والاحسان على
أوجه الاحسان بمعنى الحرية في قوله تعالى والمحسنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم * قال
مالك فهن الحرائر والثاني المحسنات ذوات الأزواج من قوله تعالى والمحسنات من النساء يريد
ذوات الأزواج والثالث الاحسان بمعنى العفاف قال حسان بن ثابت رضى الله عنه في عائشة
رضي الله عنها

حصان رزان ما تزن بريبة * وتصبح غرثي من لحوم الغوافل

قال ابن عرفة في كلام العرب في المنع للمرأة تكون محصنة بالاسلام لأن الاسلام بمنعها مما حرم عليها
وتكون محصنة بالعفاف في الحرية ومحصنة بالتزويج وأما الاحسان الذي ذكرناه فهو الذي يستحق
من حصل له بالزنى الرجم فالصفات المتقدمة من صفات هذا الوجه الآخر لأنها لا تحصن الا حرة أصيبت
بنكاح وقد تقدم وجه آخر وهو أن تكون المحسنات بمعنى النساء وانما قصد القاسم بن محمدا بالاحسان
الوجه الآخر وفيه أربعة أبواب الاول في صفات المحسن والثاني في وصف ما يكمل به الاحسان
من العقود والثالث في ذكر ما يحصل به الاحسان من الجماع والرابع ما يثبت به حكم الاحسان
(الباب الاول في صفات المحسن)

هي أن يكون بالغارح مسلما يصح منه الجماع وقد اختلف في اعتبار العقل فأما الصغير فانه يكون
محصنا بجماعه ويحصن الكبيرة ولا يحصن الصغيرة قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أن الفعل مضاف
الى فاعله وهو الرجل فيجب أن يعتبر بحاله فاذا كان كبيرا فهو جماع واذا كان صغيرا فليس بجماع
فاذا كان الجماع كبيرا والجماعة صغيرة فله حكم الجماع التام فيجب أن يؤثر في حق من كملت له
صفات الاحسان دون غيره ولا يؤثر في حق من عدم فيها شرط من شروط الاحسان كالصبيبة التي
عدم فيها البلوغ (مسألة) وأما الحرية فهي من صفات الاحسان فاذا وجدت هذه الصفة في
الرجل والمرأة ووجد منهما الجماع فمما محصنان ومن عدمت فيه هذه الصفة منهما لم يثبت له بالجماع حكم
الاحسان ويثبت للآخر اذا وجدت فيه (مسألة) وأما الاسلام فان كانا مسلمان فمما بالجماع
محصنان وكذلك ان كان الرجل مسلما فهو المحصن دونها لوجود شرط من شروط الاحسان فيه
وعدمه فيها ولا يتصور أن تكون هي المسامة دونه لأن النكاح بينهما على هذا الوجه لا يصح
(فرع) واذا ثبت للرجل أو المرأة حكم الاحسان ثم ارتد عن الاسلام فانه يسقط عنه حكم الاحسان
فان رجع الى الاسلام لم يكن محصنا بالاحسان مستأنف هذا المشهور من قول مالك وابن القاسم
وقال سحنون في المدونة يؤثر هذا القول وقد قال غيره من الرواة ان ردة لا تسقط حصانته ولا ايمانه
ووجه القول الاول قوله تعالى لأن أشركت لمعبطن عملك وهذا قد أشرك فوجب أن يعبط كل عمل
كان عمله وقد قال مالك انه اذا ارتد ثم رجع الاسلام فان فريضة الحج تعود عليه نسأل الله تعالى
أن يعيدنا برحمته ووجه القول الثاني أن هذا حكم من أحكام الزوجية فلم يسقط بالردة كالطلاق
ولأنه لو طلق زوجته ثم ارتد لم يبطل طلاقه وتعود برده زوجته (مسألة) وأما كونه ممن يصح منه
الجماع فهو التسليم الذي ليس به آفة تمنع الجماع مثل أن تكون المرأة ارتقاء لا يمكن وطؤها أو يكون
الرجل محبوب الذكر ولا يمكن وطؤه فان بقي منه ما يمكن وطؤه فانه يقع به الاحسان وان كان
خصيا رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه ورواه ابن المواز عن ابن القاسم ووجه ذلك أن الجماع
يتأتى منه وقد وجد في سائر شروط الاحسان فوجب أن يكون محصنا (مسألة) وأما الجنون فقد

اختلف في ذلك أصحاب مالك فروى ابن المواز عن ابن القاسم ان لم يطق الاوهى مجنونة وهو مفيق فهو المحسن دونها وان كان مجنوناً وهى مفيقة فهى المحسنة دونه وقال أشهب الاعتبار في ذلك بحال الزوج فان كان مفيقاً ودونها فمما محصن وان كان مجنوناً ودونها فلا يحصن بذلك أحدهما وقال ابن الماجشون سواء كانا مجنونين أو أحدهما فانهما محصنان وجه قول ابن القاسم أن المعنى اذا كان يؤثر في الاحصان وجب أن لا يتعدى تأثيره من وجد فيه كالحرية والاسلام ووجه قول أشهب بان الجنون لا ينقص من الحرية وما لا ينقص من الحرية فانه يعتبر فيه بحال الرجل لأنه الفاعل للوطء كوطء الصغير وهذا خالف الرق والكفر فان لكل واحد منهما تأثيراً في نقص الحرية فلذلك لم يعتبر فيه بصفة الفاعل خاصة بل كان لكل واحد من الزوجين حكم نفسه ووجه قول عبد الملك ان هذا ووطء صحيح قد وجد من بالغ مسلم فوجب أن يحصن كوطء الحر المسلم وليس عندنا للجنون تأثير في منع الاحصان

(الباب الثاني في وصف ما يكمل به الاحصان من العقود)

وهو العقد الصحيح اللززم الذي لا خيار فيه فأما العقد الفاسد فلا يكون به الاحصان وقد قال ابن حبيب كل نكاح كان حراماً أو فاسداً يفسخ لنفسه قبل الدخول أو بعده فلا يحصن الوطء فيه ووجه ذلك أن الاحصان لما كان متعلقاً بالسكال وتعمام الحرمة لم يؤثر فيه العقد الفاسد لأنه مضاد للسكال ومنافاه فلا تحصل به صفات السكال (فرع) فان كان العقد مما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ووطئ بعد تمام العقل وفي الوقت الذي يحكم بصحته واثباته فانه يقع به الاحصان وأما ان ووطئ قبله وهو الذي يفوت به النكاح فلم أر فيه نصاً وعندي أنه يحتمل الوجهين فان قلنا انه ووطء ممنوع فانه لا يقع به الاحصان لأن أوله ممنوع وباقية كان يجب أن يكون بعد الاستبراء فيجب أن لا يقع به احصان ولا اخلال وان قلنا انه مباح لزمانا نقول انه يقع به الاحصان لأن تناوله حال الإيلاج وبه يلزم النكاح وما بعده يقع به الاحصان

(الباب الثالث في ذكر ما يقع به الاحصان من الجماع في الفرج على وجه الاباحة)

فاذا غابت الحشفة أو غاب من ذكر مقطوع الحشفة بقدر ذلك على هذا الوجه فقد وجب الاحصان في حق من اجتمعت له صفات الاحصان أنزل أو لم ينزل ووجه ذلك أنه حكم يتعلق بالجماع فلا اعتبار فيه لازال كالحدود وجوب المهر (مسألة) وهذا في الذكور المنتشر فان لم يكن منتشر افتقر وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم في التي تزوجت شيخاً كبيراً فدخلت بأصبعها ذكره في فرجها ان انتشر بعد ذلك أحلها للمطلق ثلاثاً وان بقي على ذلك لم يحلها قال محمد عن ابن القاسم فان وطئها فوق الفرج فدخل ماؤه في فرجها فأنزلت هي لم يحصنها ذلك ولم يحلها والله أعلم (مسألة) وهذا اذا كان الوطء مباحاً عارياً من الكراهية وأما اذا تعلقت به كراهية أو تحريم كوطء الصائم أو المحرم أو المعتكف فانه لا يقع به الاحصان هذا الذي رواه ابن القاسم عن مالك وبه يأخذ مطرف زائد محمد بن عبد الملك وكذلك الخائض والمظاهر منها وروى عن مالك يحصن ولا يحل للمطلق ثلاثاً وبه قال المغيرة وابن دينار وانفرد ابن الماجشون بقوله يحل ويحصن وبه يأخذ ابن حبيب ووجه في الاحصان ما قدمناه من انه معنى يؤثر في الاحصان فوجب أن يقع على وجه الصحة كعقد النكاح ووجه اثبات الاحصان ان هذا لوطء لا يؤثر في النكاح لأنه ووطء مباح وانما وقع على صفة محظورة وذلك لا يمنع وقوع الاحصان به (فرع) اذا قلنا ان الصائم يمنع الاحصان فالذي روى محمدان الصائمة تمنع

الاحصان ولم يفصل قال وهكذا كل ما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن موافقة الجماع فيه وقال ابن حبيب ما كان من صيام نذر معين أو صيام رمضان أو كفارة قتل أو ظهار أو يمين أو فدية أذى أو كل صوم في كتاب الله تعالى واجب فهذا الذي اختلف فيه أصحابنا على ما تقدم وأما صيام التطوع أو قضاء رمضان أو نذر غير معين فجمع عليه من قول مالك وأصحابه أن الوطء في ذلك يحل ويحصن وهذا مخالف لما في المدونة والموازية

﴿ الباب الرابع فيما ثبت به حكم الاحصان ﴾

حكم الاحصان أن يبنى بها ويتفقا على الاقرار بالوطء فإن أقرب به أحدهما وأنكره الآخر فإنه لا يقع به الاحصان للقر ولا للنكر رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة والموازية وزاد سحنون في المدونة قال بعض الزواة يقول لما ان تسقط ما أقررت به من الاحصان قبل أن يوجد في زنا أو بعده وجه القول الأول أن الاحصان حكم يزمها بالوطء فلا يثبت الا باتفاهما عليه به وجه القول الثاني ما أحجم القائل به من أن الزوجة إذا كانت هي المقررة أن تقول أردت بالاقرار أخذ المهر وللزوج أن يقول أردت أن أثبت عليها الرجعة وأوجب عليها العدة والحدود تنوزر في اسقاطها الشبهة ولما كان يجوز اسقاط الحد جله بالرجوع عن الاقرار فكذلك يجوز اسقاط صفة من صفاته بالانكار بعد الاقرار والرجوع الى شبهة (مسئلة) فإن طال مدة مقامها عند الزوج العشرين سنة ونحوها ثم وجدت تزني فأنكرت وطء الزوج وأقرب به الزوج فقد قال ابن القاسم في المدونة هي محصنة قال سحنون وكذلك غيره من الزواة لا تهاثر به أن تدفع بانكارها حقاً وجب لم يتقدم لها فيه دعوى وفي كتاب الرجم من المدونة أن طال مقامها معه ثم زنا فقال لم أجامعها أنه لم يعلم وطؤه أيا عابوطء ظاهراً أو اقراراً فلا حد عليه عند مالك ويحلف فإن علم منه اقرار بالوطء رجم قال يحيى بن عمر وهذه خير من التي في كتاب النكاح وفي الموازية عن عبد الملك أن حداها الرجم إذا أنكرت الوطء بعد الزنا ولو لم يثبت عندها اللبلة واحدة قال محمد وهو قول ابن القاسم (فرع) وهذا إذا كان بعد الزنا وأما إذا طالت المدة واختلفا في الوطء قبل الزنا فإنها لا تكون محصنة وإن كان قد أقام معها الدهر الطويل والسنين الكثيرة فارقها في ذلك ولم يفارقها رواه محمد عن عبد الملك قال لأن طول المقام لا يمنعها انكار الوطء كما لو ادعت عليه العنت لكان لها ذلك بعد طول المدة فكذلك في مسئلتنا مثله ص ﴿ قال مالك يحصن العبد الحرة إذا مسها بنكاح ولا تحصن الحرة العبد إلا أن يعتق وهو زوجها فبمسها بعد عتقه فإن فارقها قبل أن يعتق فليس بمحصن حتى يتزوج بعد عتقه ومس امرأته ﴾ وهذا كما قال ابن العبد يحصن زوجته الحرة وبه قال جمهور الفقهاء وقال عطاء لا يحصنها والدليل على ما ذهب اليه الجمهور أن هله موطوءة بنكاح عرا عن الفساد والخيار وقد وجدت فيها صفات الاحصان فوجب أن تكون محصنة كما لو كان زوجها حراً (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن العبد إنما يحصن زوجته الحرة بنكاح أذن فيه السيد فإن أصابها بنكاح لم يأذن فيه سيده ففرق بينهما فلا خلاف في المنه في نكاحه أنه لا يقع به الاحصان وإن أجاز السيد النكاح بعد أن وطئها فالمشهور من المذهب أنه لا يحصنها ما تقدم من وطئها وكذلك كل وطء فيه خيار لا حد فيه كوطء المحبوب والمجنون والمجنون قبل أن تعلم الزوجة هاهنا فإنه لا يقع بشئ من ذلك الاحصان (مسئلة) فإن وطئ بعد الإجازة فلا خلاف في المنه في المذهب أن الاحصان يحصل للزوجة الحرة لأنه وطء كامل لا خيار فيه لا حصداد في من كملت له صفات الاحصان فوجب أن يحصن

قال مالك يحصن العبد الحرة إذا مسها بنكاح ولا تحصن الحرة العبد إلا أن يعتق وهو زوجها فبمسها بعد عتقه فإن فارقها قبل أن يعتق فليس بمحصن حتى يتزوج بعد عتقه ومس امرأته

(فصل) وقوله فان عتق العبد فوطئها بعد عتقه فقد أحصنته لان صفات الاحسان قد تجبعت فيه ولو فارقها قبل أن يعتق ثم أعرق فانه لا يكون محصناً بما تقدم من وطئها قبل الفراق والعتق وانما يكون احصانه بعد هذا بان يزوج بعد العتق ثم يصيب امرأته والله أعلم ص ﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل أن تعتق فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى ينكحها بعد عتقها ويصيرها زوجها فذلك احصانها ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت تحت الحر فانه لا يحصنها نكاحه ووطؤه اياها في حال رفقها ولا يثبت لها حكم الاحسان بما تقدم من اصابته اياها حتى يعتق ثم يصيرها زوج بعد العتق وانما قال مالك حتى تنكح بعد عتقها ويصيرها زوجها فبين لازم لهما فاما أن يكون عقد نكاحها بعد عتقها شرطاً في احصانها فلا بل اذا كان لها زوج قبل العتق بذلك النكاح بعد العتق فانه يحصنها اذا كان حراً ولو كان عبداً وأصابها قبل أن تعلم بعتقها لم يحصنها ذلك لان الخيار لها في المقام معه والمفارقة ثابتة وقد تقدم ان كل وطء يبقى خياراً فانه لا يقع به الاحسان ص ﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحتة قبل أن يفارقها فانه يحصنها اذا عتقت وهي عند اذاهو أصابها بعد أن تعتق ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحتة فانه يحصنها اذا هو أصابها بعد العتق عالمة كانت بالعتق أو جاهلة لان عتقها لا يوجب لها خياراً فتي أصابها بعد العتق فقد صادف وطئها نكاحاً صحيحاً لازماً فاذا وقع الوطء على وجه الصحة أوجب الاحسان لاجتماع صفات الاحسان فيها والله أعلم ص ﴿ قال مالك والحر والنصرانية واليهودية والأمة المسلمة يحصن الحر المسلم اذا نكح احداهن فأصابها ﴾ ش وهذا كما قال ان الصفات المانعة من الاحسان انما تؤثر اذا كانت صفات نقص حرمة في منع احسان من وجدت فيه واذا كانت صفات تمام حرمة فانها تؤثر في اثبات الاحسان فبين وجدت فيه ولم تعد الى غيره ولما كان الكفر والرق من صفات النقص أثرت في منع الاحسان فبين وجدت فيه ولم يتعد المنع الى غيره والحر المسلم البالغ تحصنه الأمة المسلمة والحرمة والسكينة ولا يتعدى نقصهن اليه فيمنعه الاحسان كما لا يتعدى تمام حرمة التي يثبت له بها حكم الاحسان بنكاحه احداهن واصابها

﴿ نكاح المتعة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن أبيهما عن علي بن أبي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الجمر الانسية ﴾ ش قوله رضي الله عنه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء يوم خيبر يريد انه نهى ذلك اليوم عنها ونسخ ما تقدم من اباحتها والمتعة المذكورة هي النكاح المؤقت مثل أن يزوج الرجل المرأة الاسنة أو شهراً أو أكثر من ذلك أو أقل فاذا انقضت المدة فقد بطل حكم النكاح وكل أمره قاله ابن المواز وابن حبيب زاد ابن حبيب أو مثل أن يقول المسافر يدخل البلد أترز ورجك ما أمت حتى أقفل وقد كانت هذه المتعة في أول الاسلام مباحة وكان عبد الله بن عباس علم الاباحة ولم يعلم التحريم حتى أنكر عليه علي بن أبي طالب رضي الله عنه اباحة ذلك وأعلمه بما ورد في ذلك من التحريم وقدر روى محمد بن الحنفية ان علياً بلغه ان رجلاً لا يرى بالمتعة بأساً فقال انك رجل تائه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وعن لحوم الجمر الالهية يوم خيبر وقدر روى ابن حبيب أن ابن عباس وعطاء كانا يجيزان المتعة ثم رجعا عن ذلك ولعل عبد الله بن عباس انما يرجع

﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل أن تعتق فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى تنكح بعد عتقها ويصيرها زوجها فذلك احصانها والأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحتة قبل أن يفارقها فانه يحصنها اذا عتقت وهي عند اذاهو أصابها بعد أن تعتق ﴾ ش قوله فان عتق العبد فوطئها بعد عتقه فقد أحصنته لان صفات الاحسان قد تجبعت فيه ولو فارقها قبل أن يعتق ثم أعرق فانه لا يكون محصناً بما تقدم من وطئها قبل الفراق والعتق وانما يكون احصانه بعد هذا بان يزوج بعد العتق ثم يصيب امرأته والله أعلم ص ﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر ثم فارقها قبل أن تعتق فانه لا يحصنها نكاحه اياها وهي أمة حتى تنكح بعد عتقها ويصيرها زوجها فبين لازم لهما فاما أن يكون عقد نكاحها بعد عتقها شرطاً في احصانها فلا بل اذا كان لها زوج قبل العتق بذلك النكاح بعد العتق فانه يحصنها اذا كان حراً ولو كان عبداً وأصابها قبل أن تعلم بعتقها لم يحصنها ذلك لان الخيار لها في المقام معه والمفارقة ثابتة وقد تقدم ان كل وطء يبقى خياراً فانه لا يقع به الاحسان ص ﴿ قال مالك والأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحتة قبل أن يفارقها فانه يحصنها اذا عتقت وهي عند اذاهو أصابها بعد أن تعتق ﴾ ش وهذا كما قال ان الأمة اذا كانت تحت الحر فتعتق وهي تحتة فانه يحصنها اذا هو أصابها بعد العتق عالمة كانت بالعتق أو جاهلة لان عتقها لا يوجب لها خياراً فتي أصابها بعد العتق فقد صادف وطئها نكاحاً صحيحاً لازماً فاذا وقع الوطء على وجه الصحة أوجب الاحسان لاجتماع صفات الاحسان فيها والله أعلم ص ﴿ قال مالك والحر والنصرانية واليهودية والأمة المسلمة يحصن الحر المسلم اذا نكح احداهن فأصابها ﴾ ش وهذا كما قال ان الصفات المانعة من الاحسان انما تؤثر اذا كانت صفات نقص حرمة في منع احسان من وجدت فيه واذا كانت صفات تمام حرمة فانها تؤثر في اثبات الاحسان فبين وجدت فيه ولم تعد الى غيره ولما كان الكفر والرق من صفات النقص أثرت في منع الاحسان فبين وجدت فيه ولم يتعد المنع الى غيره والحر المسلم البالغ تحصنه الأمة المسلمة والحرمة والسكينة ولا يتعدى نقصهن اليه فيمنعه الاحسان كما لا يتعدى تمام حرمة التي يثبت له بها حكم الاحسان بنكاحه احداهن واصابها

﴿ نكاح المتعة ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي بن أبي طالب عن علي بن أبي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الجمر الانسية

لقول علي له والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه ان وقع يفسخ زاد الشيخ أبو القاسم قبل البناء
وبعده ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ومن جهة
المعنى انه عقد نكاح فسد بعقله فوجب أن يفسخ قبل البناء وبعده كالنكاح بغير ولي (مسئلة)
فان تزوج رجل امرأة على أن يأتها نهارا ولا يأتها ليلا فقد روى محمد بن القاسم أن ذلك مكروه ولا
أحرمه فان وقع فقد روى محمد بن ابن القاسم يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وقال الشيخ أبو القاسم
يفسخ قبل البناء وبعده وجه المنع في ذلك أن فيه شيئا من المتعة وذلك انه قد دخل مدة النكاح
التعديد وذلك يؤثر في فساده ووجه ثان وهو انه قد شرط في النكاح ضد مقتضاه لان مقتضاه تأبد
المواصلة واستكمال ملكه على منفعة البضع فلا يجوز أن يشترط ما يمنع ذلك ولذلك لم يكن للمرأة
زوجان وانما قلنا يفسخ قبل البناء وبعده لان الفساد في العقد (مسئلة) ويجب لها البناء عند
ابن القاسم مهر المثل وعند محمد بن المواز المسمى وبه قال الشيخ أبو القاسم وهو الصواب لان الفساد
في العقد دون المهر (مسئلة) ومن تزوج امرأة لا يريد أمسا كها الا انه يريد أن يستمتع بهامدة
ثم يفارقها فقد روى محمد بن علي ماله ذلك جائز وليس من الجليل ولا من أخلاق الناس ومعنى ذلك ما قاله
ابن حبيب ان النكاح وقع على وجهه ولم يشترط شيئا وانما كاخ المتعة ما شرطت فيه الفارقة بعد
انقضاء مدة قال مالك وفي تزوج الرجل المرأة على غير أمساك فيسره أمرها فيمسكها وقد تزوجها
يريد أمسا كها ثم يرى منها ضد الموافقة فيفارقها يريد ان هذا لا ينافي النكاح فان للرجل الامساك
أو الفارقة وانما ينافي النكاح التوقيت ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن خولة
بنت حكيم دخلت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت ان ربيعة بن أمية استمتع بامرأة مولدة
فحملت منه فخرج عمر بن الخطاب فزعا يجرد رداءه فقال هذه المتعة ولو كنت تقدمت فيها لرجت *
ش قوله فخرج عمر بن الخطاب رضي الله عنه فزعا يجرد رداءه يريد انه عظم هذا الامر واستشنع أن
يقع ما تقدم فيه للنبي صلى الله عليه وسلم من المنع والتحریم فاجعله ذلك على أن يهتبل بأمر رداءه
(فصل) وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه هذه المتعة يريد والله أعلم المتعة التي نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عنها ولو كنت تقدمت فيها لرجت يريد أعلمت الناس اعلاما شائعا بما اعتقد في
ذلك وأخذ به من التحريم حتى لا يخفى ذلك على من فعله فيكون المستمتع مقتعما للتحريم فأشار بهذا
الى انه من جهل التحريم وكان الامر المحرم مما لا يمكن أن يخفى مثله ولا يعلم علمه وقد تقدمت فيه اباحة
فانه بدرأفه الحدود يحتمل أن يكون قد علم بعض الخلاف من أحد من الصعابة فأراد بقوله لو تقدمت
فيه بينة ما عندي فيه من النص الذي لا يحتمل التأويل فيزول الخلاف لرجت لتقدم الاجماع
وانعقاده فيه

(فصل) وقوله رضي الله عنه لو كنت تقدمت فيه لرجت روى ابن مزين عن عيسى بن دينار وعن
يحيى بن يحيى عن ابن نافع انه يرمي من فعل ذلك اليوم ان كان محصنا ويحمله من لم يحصن وقال ابن
حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبح عن ابن القاسم لا رجم فيه وان دخل على معرفته منه
بمكره ذلك ولكن يعاقب عقوبة موجعة لا يبلغ بها الحد وروى عن مالك انه قال يدركه الحد
ويعاقب ان كان عالما بمكرهه ذلك وجه قول عيسى بن دينار ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال
ذلك للناس وخطبهم به وخطبه تنتشر وقضاياه تنتقل ولم ينكر ذلك عليه أحد ولا حفظ له مخالف
وجه القول الثاني ما احتج به أصبح من رواية ابن مزين عنه ان كل نكاح حرمة السنة ولم يحرمه

* وحدثنى عن مالك عن
ابن شهاب عن عروة بن
الزبير أن خولة بنت حكيم
دخلت على عمر بن الخطاب
فقال ان ربيعة بن أمية
استمتع بامرأة فحملت
منه فخرج عمر بن الخطاب
فزعا يجرد رداءه فقال
هذه المتعة ولو كنت
تقدمت فيها لرجت

القرآن فلا حدة على من أنه عالم عامدا أو أنما فيه النكال وكل نكاح حرمه القرآن أنه رجل عالم عامدا
فعلية الحد قال وهذا الأصل الذي عليه ابن القاسم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى
أن ما حرمته السنة ووقع الاجماع والانكار على تحريمه ثبت فيه الحد كما ثبت في حرمه القرآن قال
والذى عندى فى ذلك أن الخلاف إذا انقطع ووقع الاجماع على أحد أقواله بعد موت قائمه وقبل
رجوعه عنه فإن الناس مختلفون فيه فذهب القاضي أبو بكر إلى أنه لا ينعقد الاجماع بموت المخالف
فعلى هذا حكم الخلاف باق فى حكم قضية المتعة وبذلك لا يحد فاعله وقال جماعة أنه ينعقد الاجماع بموت
أحدى الطائفتين فعلى هذا قد وقع الاجماع على تحريم المتعة لأنه لم يبق قائل به فعندى هذا يحد فاعله
وهذا على قولنا أنه لم يصح رجوع عبد الله بن عباس عنه ومما يدل على أنه لم ينعقد الاجماع على تحريمه
أنه يلحق به الولد ولو انعقد الاجماع بتحريمه وأنه أحد عالم بالتحريم لوجب أن لا يلحق به الولد والله
أعلم ويحتمل أن يريد بذلك لو كنت أعلمت الناس برأى فى ذلك من تحريمه ووجوب الحد على من
أنه لأقت الحد فيه بالرجم وغيره لأن الأحكام لا تجرى عند الخلاف إلا على ما رآه الإمام الذى يحكم فى
ذلك لاسيما إذا كان عنده فى ذلك من النص أو وجه التأويل ما يمنع قول المخالف والله التوفيق

* نكاح العبد *

ص * مالك أنه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول ينكح العبد أربع نسوة قال مالك وهذا
أحسن ما سمعت فى ذلك * ش قوله ينكح العبد أربع نسوة يريد أن هذا العدد مباح له أن يجمع
بينهن كالحرة ولا خلاف فى جواز ذلك للحرة وهل يجوز ذلك للعبد أم لا قال مالك بجوازه وروى
أشهب عن مالك أنه قال أنا لنقول ذلك وما أدري ما هذا وروى محمد بن ابن وهب عن مالك أنه قال
لا يتزوج العبد الاثنتين وبه قال الليث وأبو حنيفة والشافعى وابن حنبل وجه القول الأول قوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ولم يفرق بين الحر والعبد فان قيل فان
معنى قوله ما طاب لكم ما حل لكم فبينوا أولا ان المأثلة حلال للعبيد حتى يثبت بتأويل الآية له
فالجواب ان الخطاب عام فى مواجهة الأحرار والعبيد فاذا قال لهم فانكحوا ما طاب لكم من النساء
مثنى وثلاث ورباع فقد بين لهم ان الذى يطيب ويحل هو مثنى وثلاث ورباع وجواب ثان وهو ان
لفظة الطيب أبين فى اللذة وما يشبهه الانسان لاسيما اذا أضيف ذلك الى المستطيب ففيل له افعل ما
طاب لك فاذا أطلق ولم يضاف الى المكلف جاز أن يراد به الاباحة على وجه المجاز ولوجاز حله على
الوجهين مع الاضافة لكان فيما قلنا أظهر فيجب حله عليه فان الخطاب متوجه الى الأحرار دون
العبيد لان نفقات زوجات العبيد على ساداتهم وهو تعالى يقول ذلك أدنى أن لا تعولوا معناه يكتم
عيالكم ويشق الاتفاق عليكم كذلك فسر زيد بن أسلم فالجواب ان هذا القول اعتبر به زيد بن
أسلم ولا يلزم ذلك بل لا يصح لأنه لا يقال عال يعول اذا كثر عياله وأنما يقال من ذلك أعال يعيل اذا كثر
عياله وأنما يقال عال يعول اذا مال وعالت الفريضة تعول اذا زاد حسابها والعول قوت العيال وهو ما
يعالون به والعيلة والعيلة الحاجة يقال منه عال يعيل اذا اقتقر والذى قال به جماعة أهل التفسير ان
معنى قوله أن لا تعولوا أن لا تميلوا كذلك روى عن ابن عباس وعكرمة ومجاهد والحسن والنخعي
والشعبي وقتادة والليث بن سعد وغيرهم وأنشدوا بيت أبي طالب

بليزان قسط لا يخس شعيرة * ووزان صدق وزنه غير عائل

* نكاح العبد *

* حدثني يحيى عن مالك
أنه سمع ربيعة بن أبي عبد
الرحمن يقول ينكح العبد
أربع نسوة قال مالك
وهذا أحسن ما سمعت فى
ذلك

يعني غير مائل ومعنى ذلك انه اذا قل زوجاته اللاتي يخاف أن لا يعدل بينهن كان أبعد له من الميل والجور فيما بينهما بين ذلك قوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ويدل على صحة هذا التأويل انه عز وجل قال فواحدة أو ما ملكت أيمانكم فقد كرم ما لا يحرم فيه الميل من السراري ولا يلزم بينهما العدل ولو أراد النهي عن كثرة العيال والانفاق لما قال ذلك لان كثرة العيال تحصل بالاماء كما تحصل بالاحرار والانفاق يلزم عليهن كما يلزم للزوجات وجواب ثان وهو اننا لانسلم ان العبد لا يلزمه النفقة على زوجاته بل ذلك له لازم فيما تصدق به عليه أو يوصى له به وأما سيده فلا يلزمه شيء من نفقتهن ومن جهة المعنى ان ما طريقه الشهوة والملاذ يتساوى فيه حكم الحر والعبد كالأكل والشرب ووجه القول الثاني قوله تعالى هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فإما رزقناكم فأنتم فيه سواء ومعنى ذلك انكار مساواة العبد بالاحرار فيما رزقوه ويلغى هذا الحكم ولو جاز لعبد أن يزوج أربعا لكان قد ساوى الحر فيما رزقه والاستدلال بالآية ليس بالبين الا أن الباري تعالى نفي أن يكون له شركاء فيما خلقه وتلك كما ليس له سيدنا شركة فيما رزقناه وزوجة العبد ليس مما رزقناه فيشاركنا فيها وأما الأحكام فان العبد يشترك في الأحكام كثيرة من جواز الوطء بالنكاح وملاك الميمن وتحريم الظلم لهم واباحات المباحات من الملاذ والاطعمة والاشربة وغير ذلك وأما النكاح فقد أبيض للعبد منه ما لم يبع لآخر وهو نكاح الاماء من غير عدم طول ولا خوف عنت وجواب ثان وهو اننا لو سلمنا ان المراد بذلك نفي مساواة العبد للحر في النكاح فحملناه على أن العبد لا ينكح الا بأذن سيده والحر ينكح بغير اذن فثبت بذلك عدم المساواة وليس في الآية دليل على نفي المساواة في عدد الزوجات ولا لفظ عام يتعلق به ولذلك تساوى الامتاحة في عدد الزوجات وقد يتعلق في هذا القول من احتج بما عاين الصحابة فانه مروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم ولا يخالف لهم وهذا لم يشتهر من قولهم اشتهار ايصح به دعوى الاجماع مع انه لا يخالف من الخلاف ووجه هذا القول من جهة المعنى انه معنى ذو عدد بنى على التفضيل فوجب أن لا يساوى فيه العبد الحر كالطلاق والعدد والحدود ووصفه بأن بنى على التفضيل غير مسلم (فرع) اذا قلنا يزوج أربعا فانه يجوز أن يكون جميعهن حرائر وجميعهن اماء وبعضهن حرائر وسائرهن اماء رواه محمد عن أشهب عن مالك ووجه ذلك انه ذكر يجوز له نكاح أربع فجاز أن ينكح أربع حرائر كالحرس * قال مالك والعبد مخالف للحلل ان أذن له سيده ثبت نكاحه وان لم يأذن له سيده ففرق بينهما والمحلل يفرق بينهما على كل حال اذا أريد بالنكاح التحليل * ش قوله والعبد مخالف للحلل يردان نكاح العبد يثبت اذا أذن فيه السيد ونكاح المحلل لا يثبت بوجه ولا بد من فسخه اذا أريد به التحليل وذلك أن يقصد به تحليل المطلقة ثلاثا لمن طلقها وأما من تزوج لغير تحليل ثم طلق أو أقام فليس بمحلل والفرق بين نكاح العبد انه يجوز باجازه السيد وبين نكاح المحلل فانه لا يجوز باجازه مجازان نكاح العبد انما يرد لحق السيد فان أجاز له السيد جاز ونكاح المحلل انما يرد لحق الله تعالى فليس لاحد اجازته وفي نكاح العبد ثلاثة أبواب * الأول في ملك السيد نكاح العبد * والثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه * والثالث في حكم المهر والنفقة في نكاحه

(الباب الأول في ملك السيد نكاح العبد)

السيد يملك نكاح العبد وله أن يجبره عليه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجبره

* قال مالك والعبد مخالف للحلل ان أذن له سيده ثبت نكاحه وان لم يأذن له سيده ففرق بينهما والمحلل يفرق بينهما على كل حال اذا أريد بالنكاح التحليل

على النكاح والدليل على صحة ما قلناه قوله تعالى وأزكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم
واماكنم فلنا من هذه الآية دليلان أحدهما انه أمرهم بذلك ولولم يملكوا الانكاح لما أمرهم به
والثاني انه قرن ذكرهم بذكر الاماء وقد أجمعنا على ان للسيد اجباراً أمته على النكاح فيجب أن
يكون العبد بمنزلة ما هو هذا مذهب القاضى أبى محمد في استدلاله بالقرائن ومن جهة المعنى أن من
يملك رقه يملك اجباره على النكاح كالامة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه انما يجوز له ذلك اذا انفرد
بملك جميعه ولم يرد بانكاحه ذلك الاضرار به فان كان له فيه شريك أو كان بعضه حراً لم يملك اجباره
على النكاح لانه لا يملك انتزاع ماله فلا يملك انكاحه كالحر (مسئلة) اذا تزوج العبد باذن سيده
أو زوجه سيده جبراً ملك ارتجاع زوجته ووجه ذلك انه لما أباح له البضع بالنكاح أو أذن له فيه فقد
ملك جميع أحكامه فليس له منعه من ذلك بعد العقد كما ليس له منعه من الوطء والرجعة من أحكام
النكاح فملكها العبد بذلك (مسئلة) لا يجبر السيد على انكاح عبده ولا انكاح أمته وبه قال أبو
حنيفة وقال الشافعى في أحد قوليه يجبر على نكاح عبده والدليل على ما نقوله انه محض ملك رقه
فاذا دعاه الى انكاحه لم يلزمه ذلك كالامة (مسئلة) ولا يجبر السيد على انكاح مكاتبه رواه ابن
المواز عن مالك وكذلك المدبر والمعتق الى أجل والمعتق بعضه لان من كان محبوساً بالرق لم يكن له أن
يتزوج الا باذن سيده المالك لرقه كالعبد القن

(الباب الثانى فيما يجوز من عقده على نفسه وتجوز السيد له وفسخه)

أما في حكم عقده على نفسه وتجوز السيد له وفسخه فانه لا يتخلو اذا تزوج العبد أن يتزوج باذن سيده
أو بغير اذن سيده فان تزوج باذنه فنكاحه صحيح وان باشر العبد العقد لانه من جنس من يصح عقده
النكاح وانما اعتبر في ذلك اذن السيد لتعلق حقه بمنافعه وماله وان تزوج بغير اذن سيده فان
للسيد فسخه وهل له أن يعجزه المشهور من المذهب ان له اجازته وحكى القاضى أبو الفرج ان
القياس يقتضى انه لا يجوز اجازة السيد قال وهو الصحيح عندى وجه القول الأول انه عقباً بشره
من يصح عقده وانما فيه الخيار للسيد لتعلق حقه بمنافعه وماله والخيار اذا ثبت بالشرع دون الشرط
لم يمنع صحة النكاح بخيار الردي بالعتة والجذام والبرص والجنون ووجه القول الثانى ما احتج به من أنه
لو جاز ذلك لجاز انكاح الرجل ابنة الاجنبى البكر ان أجاز ذلك أبوها والقول الأول أصح لان نكاح
العبد انما هو موقوف على الفسخ كالردي بالعيب وانكاح الرجل ابنة الاجنبى موقوف على الاجازة
فلا يجوز كاشتراط الخيار (فرع) فاذا قلنا ان للسيد الفسخ أو الاجازة فان أراد الفسخ فانه يكون
طلاقا ومطلقاً يملك السيد من ذلك روى محمد بن المواز عن مالك ان السيد يجبر بين أن يطلقها عليه
واحدة أو البتة وفي المدونة عن مالك قولان أحدهما اذا والثانى ليس له أن يطلقها الا طلقة واحدة
وتكون تلك الطلقة بائنة وجه القول الأول ما احتج به من ان من كان بيده ايقاع الطلاق بالشرع
فانه يملك ايقاع الواحدة والبتة كالزوج ووجه القول الثانى انه انما ثبت ذلك للسيد لما أدخل عليه
النكاح في عبده من العيب والطلقة الواحدة البائنة تفرغ له عبده وتزيل عنه عيبه فلا حاجته الى
أكثر من ذلك فلم يكن له ايقاعه (مسئلة) فان علم السيد بنكاح عبده فقال لا أجيز ثم أراد بعد ذلك
الاجازة فقد روى محمد عن مالك انه قال ان كان ذلك قريبا من مجلسه وكان كلاما كالمراجعة
والجواب فلا بأس بذلك وأما ان قال لا أجيز ثم قال بعد أيام أجرت فلا أراه جائزا ومعنى ذلك انه ان كان
أراد بقوله لا أجيز التفريق فان هذا لا تكون له الاجازة بعد الفسخ وان أراد به التوقف في الأمر

والتأمل وبين ذلك بأن قال سأشاور نفسي أو ما أشبهه فان لهذا أن يجيز أو يفسخ وان قام من مجلسه وأما ان قال لأجيز ولم يبين المراد به فهذا له أن يجيز مادام في مقامه ويصدق السيد مادام في مجلسه فيما يزعم أنه أراد بقوله لأجيز وروى ابن المواز عن ابن القاسم أنه قال يصدق في ذلك ما لم يتم فان قام من مجلسه لم تكن له الاجازة وهذا كله معنى قول محمد ووجه ذلك ان قيامه من مجلسه مع ما تقدم من قوله ولم يبين مراده نسبة ظاهرة في أن مراده التفريق (مسئلة) وان أراد السيد الفسخ بعد القيام من المجلس وقنيتين في المجلس انه يريد استدامة الخيار فان له ذلك الا أن يستمتع العبد بوجه بعد علم السيد بنكاحه على وجه كان يقدر سيده على منعه من ذلك فلا يكون له الفسخ بعد ذلك لانه قد استمتع بها باذن سيده أو ما يقوم مقامه من التمكين وذلك أبين ما يكون من الاجازة ومثل ذلك أن يعلم السيد بنكاح عبده بغير اذنه ثم آه يدخل عليها فلم يمنعه فان النكاح جائز والصادق على العبد ونحوه روى عيسى عن ابن القاسم

(الباب الثالث في حكم المهر والنفقة في نكاح العبد)

العبد لا يخلو أن ينكح باذن سيده أو بغير اذنه فان نكح باذنه فالمهر في ذمة العبد ليس على السيد منه شيء الا أن يلتزم ذلك ومعنى ذمة العبد ما يطرأ له بعد النكاح من مال بصدقة أو هبة أو نحو ذلك فيه يتعلق المهر والنفقة على الزوجة دون مكاسبه التي هي عوض حركاته بصنعة أو خدمة وقال الشافعي المهر والنفقة في مكاسبه الذي هو عرض من حركاته والدليل على ما نوقله ان اذن السيد للعبد في النكاح لما كان لا يخرج من ملكه شيئا من رقبته فكذلك لا يخرج عنه حق من منافعه (مسئلة) ان كان نكح باذن سيده فأكثر السيد قدر المهر فان كان مهر مثله لم يجر له من ذلك وان كان أكثر من مهر مثله لم يجر ذلك على السيد الا أن يشاء فان علم بذلك السيد واعترض فيه قبل البناء فالزوجة مخيرة بين أن ترضى من ذلك بمهر المثل وبين أن تمتنع فيفسخ النكاح فان علم بذلك بعد البناء فاعترض فيه بعد لزوم النكاح وفواته كان له أن يسترد ما زاد على مهر المثل ووجه ذلك أن اطلاق الاذن انما يقتضي المعتاد فلا يلزمه ما زاد على ذلك (مسئلة) وان كان نكح بغير اذن سيده فأجاز السيد فلها جميع المهر لان اجازته للنكاح اجازة للمهر قاله ابن حبيب ومحمد وان فسخ النكاح قبل البناء فلا شيء لها من المهر وان فسخه بعد البناء استرده السيد الا قدر ما يستحل به وهو ربع دينار لان المال مال السيد ووجه ذلك ان مال العبد قد تعلق به حق السيد ولذلك يجوز له انتراعه منه فليس للعبد التصرف فيه الا باذنه وأما ما رجع من المهر فقد قال ابن حبيب انه في ذمة العبد والله أعلم (مسئلة) وأما نفقة الزوجة فلا يكون على السيد شيء منها سواء نكح باذنه أو بغير اذنه فان كانت حرة فالنفقة على العبد على كل حال وقد روى ابن المواز عن مالك أحب الي أن نكح العبد أن تشتري عليه النفقة باذن السيد ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق السيد بمال العبد فان كانت أمة فقد اختلف قول أصحابنا فيها وقد فسرت في باب جامع الطلاق (فرع) والسيد أولى بخراجه وبما في يده فان وجد العبد ما ينفق عليها من صدقة أو هبة أو وصية أو اتلوم له فان وجد نفقة والافرقت بينهما كالخبرة قاله ابن حبيب ص قال مالك في العبد اذا ملكته امرأته أو الزوج يملك امرأته ان ملك كل واحد منهما صاحبها يكون فسحا بغير طلاق وان تراجع بنكاح بعد لم تكن تلك الفرقة طلاقا وهذا كما قال ان ملك أحد الزوجين الآخر ففسخ لنكاحه لان ملك اليمين ينافي النكاح ولذلك لا يجوز للرجل أن يتزوج أمة ولا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدا ولما كان ملك اليمين أقوى لانه يملك الرقبة

* قال مالك في العبد اذا ملكته امرأته أو الزوج يملك امرأته ان ملك كل واحد منهما صاحبها يكون فسحا بغير طلاق وان تراجع بنكاح بعد لم تكن تلك الفرقة طلاقا

* قال مالك والعبد اذا اعتقته امراته (٣٤٠) اذا ملكته وهى فى عتقه منه لم يتراجعا الا بنكاح جديد

والمنافع كلها أبطل حكم النكاح تقدم النكاح أو تأخر فان تقدم ملك اليمين لم يصح النكاح ولو تزوج أمته لم تكن زوجته وبقيت على حالها أمة له (مسئلة) ومن له عبده أمة فزوجها منه صح النكاح لان تزويجها منه انتزاع للامة ولا يجوز للرجل أن يتزوج أمة لا يجوز له وطؤها مثل أن يكون له فيها بقيقه رق كأم الولد والمكاتبه والمذبة والمعتقة الى أجل والمعتق بعضها ولا يتزوج أمة له فيها شبهة ملك كأمة عبده وأمة ابنه واحتج ابن القاسم فى أمة الابن بانها مال له لا حد عليه فى وطئها ولا نعلم فى هذا خلافا بين أصحابنا الامارواه ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم انه كان يجيز انكاح الأب أمة الابن على ما يكره

(فصل) وقوله ان ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخا يقتضى أن النكاح اذا انعقد على صحة ثم طرأ عليه ملك أحدهما صاحبه فسخ النكاح وبطل وعكاذ يجب أن يكون حكم كل نكاح تقدم على الصحة وطرأ عليه ما يوجب تحريمه ويمنع استدامته فلو أن رجلا تزوج ابنته أمته ثم توفى فورثها أو ورث جزأ منها لا يفسخ نكاحها وكذلك لو تزوج ابنته عبده ثم توفى فورثت جزأ منه لا يفسخ نكاحها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخفى أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده فان كان قبل البناء فقد وقع فى كتاب الشيخ أبي القاسم فحين اشترى زوجته قبل البناء له نصف الصداق والمشهور من قول مالك لأشئ لها وجه قول مالك ان الفرة جاءت من قبل الزوج كالطلاق ووجه القول الثانى انه معنى بوجوب الفسخ قبل البناء فلم يجب به شئ من الصداق كالرضاع

(فصل) وقوله يكون فسخا بغير طلاق وان ترأجا بنكاح بعد لم تكن الفرة طلاقا يردانها لا يترأجا بنكاح جديد ولا رجعة عليها بحكم النكاح الأول لانه قد انفسخ وبطل حكمه وخرجا عنه بغير طلاق ولذلك اذا تزوجها بنكاح جديد لم تعد عليه فرة الفسخ طلقه بل يبقى له عليها ثلاث تطليقات ان كان حرا أو طلقا ان كان عبدا ص * قال مالك والعبد اذا اعتقته امرأته اذا ملكته وهى فى عتقه منه لم يترأجا بنكاح جديد * ش وهذا كما قال ان العبد اذا ملكته امرأته بعد أن طلقها وهى فى عتقه منه واعتقته وصار من يجوز له أن يتزوجها لغير وجه عن ملكها فانها ما لا يترأجا بنكاح جديد لأنه وان كان طلاقا يهاجر جعيل فان ملكها اياه قد قطع ما كان له عليها من الرجعة وقد ارتفع ذلك الملك ووجه ذلك أن ما أزال الملك منع الرجعة كالردة

* نكاح المشرک اذا أسامت زوجته قبله *

ص * مالك عن ابن شهاب أنه بلغه أن نساء كن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بأرضهن ومن غير مهاجرات وأزواجهن حين أسامن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة وكانت تحت صفوان بن أمية فأسمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الاسلام فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم أمنا لصفوان بن أمية ودعا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الاسلام وأن يقدم عليه فان رضى أمر قبله والاسيره شهرين فاما قدم صفوان على رسول الله صلى الله عليه وسلم بردائه ناداه على رؤس الناس فقال يا محمد ان هذا وهب بن عمير جاءني بردائك وزعم أنك دعوتني الى القدوم عليك فان رضيت أمرا قبلته والاسيرتني شهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل أبو وهب فقال لا والله لا أنزل حتى تبين

صلى الله عليه وسلم انزل أبو وهب فقال لا والله لا أنزل حتى تبين

* نكاح المشرک اذا

أسامت زوجته قبله *

* حدثني مالك عن

ابن شهاب أنه بلغه أن

نساء كن فى عهد رسول

الله صلى الله عليه وسلم

يسلمن بأرضهن وهن غير

مهاجرات وأزواجهن

حين أسامن كفار منهن

بنت الوليد بن المغيرة

وكانت تحت صفوان بن

أمية فأسمت يوم الفتح

وهرب زوجها صفوان

ابن أمية من الاسلام

فبعث اليه رسول الله صلى

الله عليه وسلم ابن عمه

وهب بن عمير برداء

رسول الله صلى الله عليه

وسلم أمنا لصفوان بن

أمية ودعا رسول الله

صلى الله عليه وسلم الى

الاسلام وأن يقدم عليه

فان رضى أمر قبله والا

سيره شهرين فاما قدم

صفوان على رسول الله

صلى الله عليه وسلم بردائه

ناداه على رؤس الناس

فقال يا محمد ان هذا وهب

ابن عمير جاءني بردائك

وزعم أنك دعوتني الى

القدوم عليك فان رضيت

أمرا قبلته والاسيرتني

شهرين فقال رسول الله

لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تسيير أربعة أشهر فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن بنحني فأسلم إلى صفوان بن أمية يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كرها فقال بل طوعا فأعاره الأداة والسلاح الذي عنده ثم خرج صفوان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كافر فشهد حنيننا والطائف وهو كافر وامرأته مسامة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح * مالك عن ابن شهاب أنه قال كان بين أسلام صفوان وبين أسلام امرأته نحو من شهرين * قوله ان نساء كن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلمن بأرضهن وعن غير مهاجرات وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة وهي عاتكة بنت الوليد بن المغيرة إلى قوله أسلمت عام الفتح يحتمل من جهة اللفظ ان تكون أسلمت في وقت تمكن الهجرة فيه وذلك قبل الفتح لأنه قال أسلمن بأرضهن ولم يهاجرن وأزواجهن كفار ولو كان وقت لا يمكن فيه الهجرة لما احتاج إلى نفي الهجرة عنهن لأن تلك حال سائر النساء لا يمكن سواها ثم قال منهن بنت الوليد بن المغيرة ثم أسلمت عام الفتح ومن أسلم عام الفتح قبل الفتح فأنما أسلمت في وقت يمكن فيه الهجرة وأما من أسلمت بعد الفتح فقد فاتتها الهجرة لأنه لا هجرة بعد الفتح وعاتكة إذا أسلمت يوم الفتح وفي ذلك اليوم فرز وجهها صفوان بن أمية لكنه إنما أضافها إلى من لم يهاجر ووصفها بعدم الهجرة لأن القرآن إنما أنزل بحكم من هاجر وسيأتي بعده هذا حكم من هاجر من المؤمنين في موضع ان شاء الله

(فصل) وقوله وهربز وجهها من الأسلام يريد أنه فرثا لا يدخل فيه ولم يفر من القتل لأنه لو أسلم آمن من القتل وقد عرف ذلك صفوان وغيره لكن فراره كان من الأسلام الذي أباه عليه قوتل حتى أظهر الله تعالى الدين فذلك قوله تعالى وقتلوهم حتى لا تكون قنصة ويكون الدين كله لله فان انتهوا فان الله بما يعملون بصير وان تولوا فاعلموا أن الله مولاكم نعم المولى ونعم النصير

(فصل) وقوله فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير براءة رسول الله صلى الله عليه وسلم أما نال صفوان بن أمية ودعاه إلى الأسلام وإلى أن يقدم عليه فان رضى أمر اقبله والا سبه شهرين يريد أنه أرسل ابن عمه لسكون صفوان بن أمية إلى قوله وثقت به وقرابته منه وعرفته بأشفاقه وقرن به رداءه ليتحقق بذلك صفوان بن أمية ما ورد عليه به وهب بن عمير من تأمين النبي صلى الله عليه وسلم له ودعائه إياه إلى ما ذكره له على حسب عادة العرب في ذلك من ان من آمن منهم أحدا أعطاه سوطه أو رداءه أو حبلا أو شيئا يكون كالشاهد له على التأمين ويشهر به تأمينه له وقوله ودعاه إلى الأسلام بمعنى أن يعرض عليه الأسلام ويبين له شرائعه وأحكامه وعديده فان رضيه التزمه ودخل فيه وقبله منه وان كره ذلك سيره شهرين يعني انه يؤمنه فيها لا يعرض له أحد حكاه ابن مزيين عن عيسى بن دينار * وقال القاضي أبو الوليد وعندي أن ذلك إنما كان ليدل على كنه فيهما من الخير وج إلى حيث يأمن من بلاد الشرك وسائر الأمم قال أبو المطرف القنازعي رحمه الله وهذا أصل في عقد الصلح بين المشركين والمسلمين مدة معلومة على حسب ما يرونه مصلحة لهم ومأقاله ليس بالبين وإنما هو تأمين لرجل من المشركين ليرى الأسلام وحاله فان رضيه دخل فيه والا كان آمنا مدة يمكنه أن يبلغ مأمنه إلا أن يريد أن يسمى التأمين صلحا مجازا أو اتساعا ولأن المؤمن أيضا يأمنه من أمنه لكن لهذا المعنى اسم يختص به وهو التأمين والصلح أيضا اسم بمعنى آخر يختص به ويختلف أحكامهما لأن المصالح يملك نفسه ويجرى عليه حكمه والمؤمن لا يملك نفسه ولا يجرى عليه حكمه وإنما يجرى

لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تسيير أربعة أشهر فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن بنحني فأسلم إلى صفوان بن أمية يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كرها فقال بل طوعا فأعاره الأداة والسلاح الذي عنده ثم خرج صفوان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كافر فشهد حنيننا والطائف وهو كافر وامرأته مسامة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح * مالك عن ابن شهاب أنه قال كان بين أسلام صفوان وبين أسلام امرأته نحو من شهرين

عليه حكم من آمنه على حسب ما يأتي تفسيره في موضعه ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله فلما قدم صفوان بن أمية على رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد أنه ناداه على رؤس الناس فقال يا محمد هذا وهب بن عمير جاءني بردائك يزعم أنك دعوتني إلى القدوم عليك يريد أن صفوان بن أمية حين قدمه نادى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رؤس الناس يريد اشهار تأمينه والاعلان به ويحتمل أن يكون مع كفره قد خاف أمر من النبي صلى الله عليه وسلم ان لم يشهر تأمينه مع ما علم من وفاء النبي صلى الله عليه وسلم وأنه لم يغدر قط بدمعة عرف ذلك من حاله المؤمن والكافر وكذلك قال أبو سفيان بن حرب لم يقل حين سأله عن النبي صلى الله عليه وسلم أيغدر قال لا ونحن منه في مدة لا ندرى ما هو فاعل في ذلك ويحتمل أن يكون صفوان بن أمية قال ذلك وأعلن به ليعلم علم ذلك أصحابه فربما خفي ذلك عن بعض أصحابه فاغتاله وبدر بقتله ويحتمل أن يكون صفوان أراد تحقيق ما جاء به ابن عمه لجويزه الوهم عليه وقوله على رؤس الناس تستعمل هذه اللفظة لمن قام بقول يقوله ويفعل به والناس جلوس منصتون بمعنى انه على رؤسهم وانه يسمع جميعهم ولم يخبر بذلك اخبار الجالس لدى من أقبل عليه وحادثه والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اجلس أبا وهب فكنائه وهي كنية صفوان بن أمية قال عيسى ابن دينار من رواية ابن مزين عنه لا بأس أن يكنى اليهودي والنصراني كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بصفوان بن أمية وكان مشركا قال ابن مزين وقال غيره لا يكنى اليهودي ولا النصراني الذي لان الله عز وجل ألزمهم الذلة والصغار وفي تكتيتا كرامه وتعظيمه وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعو العرب خاصة بكنائهم مع الاشرار استئلا فالحال بذلك ولمن كان وراءه من عشائرها كما جاء عنه صلوات الله عليه انه من على غير واحد من أسرى العرب المشركين أطلقهم امتنا واواستئلا فابغيره فداء فكان الغيرة انما قصر ذلك على مشركي العرب دون غيرهم وهذا الذي قاله يحتاج الى تأمل وتقسيم وذلك أن الكنى قديدي بها على غير سبيل الاكرام اما لشهرتها وانها تغلب على الاسم ويشهر بها صاحبها دون الاسم فهذا الاختلاف في جوازه وقد قال الله تعالى ثبت يدا أبي لهب وتب فكنائه لاشهاره بكنيته فلم يردا كرامه بهذا ولا استئلا ففي السورة من ذمه والاخبار بانه سيصل النار ما يمنع من ذلك وقد غلبت الكنى على قوم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كأبي بكر وأبي عبيدة وأبي هريرة وغيرهم وغلبت الأسماء على جماعة منهم كعمر وعثمان وعلى بالانتساب الى أسمائهم ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين أنا بن عبد المطلب ولم يقل أنا ابن أبي الحارث ولا خلاف انه لم يرد أن يضع من جده ولا قصد الى تصغير حاله ولذلك قال الحسن لما استأذنه في هجاء قريش كيف ينسب فيهم فقال لأسلنك منهم كما تسلسل الشعرة فقريدي بها الكنى على معنى الشهرة وغلبتها وقديديكون من الناس من لا اسم له واسمه كنيته كأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وأبي بكر بن عياش وغيرهما وأما الكنية على سبيل الاكرام فهل يجوز أن يدعى بها من ليس بمسلم ولا هي التي يصح فيها الخلاف المتقدم والله أعلم

(فصل) وقوله فقال لا والله حتى تبين لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لك تسيير أربعة أشهر يحتمل أن يريد به حتى تبين ما أنفذت به الى هل هو على ما بلغني فأزل أو على غيره فانظر فيه فيكون التبيين حينئذ له خاصة ليعلم وجه التأمين كيف هو ويحتمل أن يريد حتى تبين لي بان يسمع هؤلاء تأمينك لي فأمن في المستقبل اذا اشتهر الأمان أو تعلم بذلك من أصحابك فلا يكون منهم من أخاف

اذايته فأجابه النبي صلى الله عليه وسلم بالزيادة في التأمين على ما بلغه ورضيه فقال بل لك تسير أربعة أشهر وعلى هذا استقر أمر التسيير قال الله تعالى فسيحوا في الأرض أربعة أشهر واعلموا أنكم غير معجزي الله وإنما بالغ في ذلك صلى الله عليه وسلم استئلافا له واستمالة إلى الإسلام وليعلم أنه ليس الغرض في قتله ولا التشفي منه لعداوته وإنما الغرض أن يدعى إلى الإسلام فيدخل فيه فيكفر عنه ما تقدم من سيئ عمله وقد قالت عائشة رضي الله عنها وما انتقم رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه قط إلا أن أثبت حرمة من حرمت الله فينتقم الله بها وإنما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك لما افترض عليه من الجهاد وما أوجب عليه به من قتال من لا يدخل في الإسلام ولا يقرب منه فأنقربه ودخل فيه أطرح عداوته وأظهر مودته ولم يبلغ بأحد أكثر مما بلغ بوحشى قاتل حمزة قال له هل تستطيع أن تغيب عني وجهك

(فصل) وقوله فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هوازن ببغيش فأرسل إلى صفوان بن أمية أن يستعيره أداة وسلاحا عنده فقال صفوان أطوعا أم كبرها فقال بل طوعا يزاد رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خرج إلى حنين قبيل هوازن استعار من صفوان أداة وسلاحا كانت عنده والعارية مباحة من الكافر وغيره وقد قال ابن القاسم عن مالك لا يجوز أن يلبس المسلم ثوبا لبسه كافر حتى يغسله وقال ابن الماجشون الآن يكون من الثياب التي يفسدها الغسل فليلبسها ويصلي فيها دون أن يغسلها فعلى رواية ابن القاسم يحتمل أن يكون من لبسها من الصحابة لم يستند لبسها حين الصلاة وعلى قول ابن الماجشون يجوز أن يصلي فيها لأن الدروع مما يفسدها الغسل وأما أحكام العارية إذا تلفت عند المعارف فعن نذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى

(فصل) وقوله ثم رجع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا إلى الخروج ويحتمل أن يكون إنما خرج باختياره ولم يدعه النبي صلى الله عليه وسلم إلى ذلك لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه لا يستعين بمشرك ولم ينعه من الخروج لما رجا أن يرى في طريقه وسفره مع النبي صلى الله عليه وسلم ما يقوى في نفسه أمر الإسلام فيكون سببا لسلامه وهل المنع لم يتناول وجهه معه وإنما تناول استعانت به والله أعلم فشهد حنيناً والطائف وهو كافر وأمر أنه مسلمة ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين أمر أنه حتى أسلم صفوان ابن أمية يريد لم يفسخ نكاحه وأما التفرقة بأن لا يجامعها فهي متيقنة وإن لم يذكرها الراوي في حديثه وقد اختلف العلماء في هذه المسئلة على أقوال فعند مالك أن الزوجة لا تبين من زوجها الكافر بنفسه إسلامها وبه قال عطاء وابن شهاب وعمر بن ميمون وجاعة وروى مشله عن عمر بن عبد العزيز وروى عن ابن عباس أنه قال إذا أسلمت قبله بساعة حرمت عليه وحديث ابن شهاب هذا وإن كان من سلاو من أسيل ابن شهاب لا يحتاج بها غير أن هاتين القصتين قصة صفوان بن أمية وقصة عكرمة قد شهرتا وتواترا خبرهما فكان ذلك يقوم لهما مقام الإسناد المتصل وقد روى وكيع عن أسماء وعن سالك عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة أسلمت على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فجاء زوجها بعد ما فقال يا رسول الله إنها كانت أسلمت معي فردها عليه وقال أبو عيسى هذا حديث ليس به بأس (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه لا يستديم ملك عصمته مع بقائه على كفره وقد روى عن عمر وعلى بن أبي طالب رضي الله عنهما أنها تخبر فإن شاءت فارتقه وإن شاءت فرت عنده والدليل على أنه لا يستديم ملك عصمته مع بقائه على كفره قوله تعالى فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار لاهن

حل لهم ولا هم يحلون لهن وهذا نص في تحريم المهورات فهو حجة فان سلم قسنا عليه غير المهورات
فقلنا ان هذه حرة مسلمة فلا يجوز اقرارها تحت الكافر أو فلا يجوز أن يستديم الكافر ملك
عصمتها كالمهاجرة (مسئلة) اذ اثبت ذلك فلا يخلو ان يكون اسلامها قبل البناء أو بعده فان كان
اسلامها قبل البناء فلا يخلو ان يسلم جميعا أو يسلم أحدهما قبل الآخر فان أسلم جميعا في وقت مثل أن
يأتيا جميعا مسلمين في النوادر انهما على نكاحهما فان أسلم أحدهما قبل الآخر فلا يخلو ان يتقدم
الزوج أو الزوجة فان تقدم الزوج فسيأتي ذكره بعد هذا وان تقدمت الزوجة فقدر وى عيسى بن
دينار عن ابن القاسم في العتبية في النصرا في تسلم زوجته قبل البناء فان لم يسلم هو مكانه فلا رجعة
له ولا عدة عليها ويتخرج على قول ابن المواز في اسلام الزوج قبل البناء تقع الفرقة بنفس اسلامها
قبل البناء وجه قول ابن القاسم ان اسلام الزوج اذا لم يتبعه اسلام الزوج وقعت به الفرقة واذا تبعه
اسلام الزوج لم تقع به فرقة دون اعتبار اسلام الزوج لم يبقا على نكاحهما وان أسلم الزوج في عدة
المدخول بها ولا يقع ذلك من حالها الا بعد مدة يمكن فيها معرفة ما يكون من الزوج في ذلك فاذا وقع
اسلام الزوج كان مراعى على ما أتى تفسيره بعد هذا ان شاء الله وجه قول أصبغ وأشهب على
تفسير ابن المواز انه معنى بوجوب فرقة في النكاح فاذا وجد قبل البناء قطع العصمة والطلاق (مسئلة)
وأما ان أسلمت بعد البناء فانه ان أسلم بعدها ما دامت في عدتها فهي باقية على عصمتها محوسبا كان أو
كتايا قال الشيخ أبو القاسم ويكون أحق بها بمجرد اسلامه دون رجعة لان اسلامه كالارتجاع
وجه ذلك أن التشغيب دخول النكاح بما تجرد من اسلام الزوج وانه لا يحل أن يملك عصمتها
كافر وهذا تشغيب أوجب العدة ولم يوجب الفرقة كالطلاق الرجعي فاذا أسلم الزوج قبل انقطاع
المدة وانقضاء العدة فقد زال التشغيب وانجبر النكاح وصحح اسلامه العقد فبقيت عنده على حكم النكاح
الاول ولم يمتح إلى رجعة لان تشغيب العقد لم يقع بما تجبره الرجعة وانما وقع بما يجبره اسلام الزوج
وقد وجد ذلك يدل على ذلك انه لو ارتجعا وبقى على كفره لم تصح وبالله التوفيق * قال القاضي أبو
الوليد رضي الله عنه والذي عندي في تحريم هذه المسئلة ان اسلام الزوج لا يوجب فرقة اذا تعقبه
اسلام الزوج فاذا لم يتعقبه اسلام الزوج وقعت به الفرقة وذلك انما يعرف بعد مدة فاذا وقع اسلام
الزوج بعد مدة كانت مراعى فان تعقبه اسلام الزوج علمنا ان اسلام الزوج لا يؤثر فرقة وانما
يؤثر تصحيح العقد واثباته فبقيا على ما كانا عقدا من النكاح وأسلم عليه فلا معنى لرجعته ولا لما يقوم
مقامها لان نكاحهما لم يطرأ عليه الا ما أثر فيه تصحيحا وتبيننا وان لم يتعقبه اسلام الزوج علمنا ان
اسلام الزوج قد وقعت به الفرقة يدل على صحة هذا انها تحتسب بعدها اذا علمنا وقوع الفرقة من يوم
اسلامها ولو وقعت الفرقة بامتناع الزوج من الاسلام أو بظهور ذلك عند انقضاء مدة تكون عدة
أوجب ان تستأنف العدة من يومئذ لان العدة انما تكون من يوم تكون الفرقة (فرع) والمدة
المراعاة في الدخول بها من يوم اسلامها الى انقضاء عدتها على ما تقدم فان أسلم فيها فهم على
نكاحهما وان لم يسلم فيها فقد بانت منه ولا سبيل له اليها ولا توقف في أثناء هذه المدة وروى عن عمر
ابن الخطاب انه قال يعرض عليه الاسلام فان أبى فرق بينهما فاشار الى ما روى عن عمر بن عبد العزيز
انه قال خلعهما الاسلام عنه كما تخلع الأمة من العبد اذا اعتقت تحتها * والدليل على ما نقوله ان العدة
مدة ضربت في المدخول بها ليعلم ما أوقع الزوج من الطلاق هل هو بائن أو غير بائن فان تعقبه ارتجاع
في العدة علم أنه غير بائن فكذلك مسئلتنا مثله (فرع) ولا فرق في ذلك بين الحربيين والذميين

* قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الآن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحارث ابن هشام وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الاسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته إلى الاسلام فأسلم وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فرحا وما عليه رداء حتى يابعه فندتا على نكاحهما ذلك

يقتضى تحريم الوطء ويدخل التشغيب في النكاح ويجرى به إلى بينونة انقضت العدة على هذه الحال ولما قدمت عليه أم حكيم باليمن دعت إلى الإسلام اقتضى ذلك إصلاح ما تشغيب من النكاح وتصحيح ما كان فاسدا منه بحكم الكفر لان أنكحة الكفار فاسدة لما يعدم فيها من شروط الصحة من الولي والمهر وغير ذلك لكن الإسلام يصحها كما يصح ملكهم للأموال وان ملكوها على وجه فاسد لو كان في حال الإسلام لم يصح فلما وجد الإسلام في نكاح عكرمة صحح ما كان فيه من فساد وأصلح ما كان دخله من تشغيب بالإسلام زوجته قبله وذلك كما كان في العدة المذكورة

(فصل) وقوله فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فرحوا وما عليه رداء وذلك من حرص النبي صلى الله عليه وسلم على دخول الناس في الإسلام وان هداهم الله تعالى به إلى الإسلام لاسيما من كان من عظماء الناس وأعيانهم كعكرمة في قومه فانه كان من سرورات بني مخزوم وعظماهم وبهذا وصف الله نبيه صلى الله عليه وسلم فقال لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رؤوف رحيم ولم يحمله ما تقدم من عداوته وعداوة أبيه على أن لا يناله وحرصه على منفعة واهتدائه به ما ينال غيره صلى الله عليه وسلم وشراف وكرم ص **قال مالك** وإذا أسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم لان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولا تمسكوا بعصم الكوافر **ش** وهذا على حسب ما قاله ان الكافرين اذا أسلم الزوج قبل الزوجة لم يخل أن تكون كتابية أو غير كتابية فان كانا كتابيين فهما على نكاحهما وان كانت الزوجة غير كتابية فان لم يكن بنى بها فقد روى محمد عن ابن القاسم عن مالك توقف فان أسلمت قال محمد يريد مكانها والافرق بينهما وقال أشهب وأصبغ تنقطع العصمة بينهما قال محمد يريد بالإسلام الزوج وهو أحب إلى وجه قول مالك ان الإسلام الزوج انما يمنع استدامة النكاح ولا يقتضي إيقاع فرقة ووجه قول أشهب انما يمنع استدامة النكاح من إسلام أحد الزوجين اذا وجد قبل البناء فانه يقطع العصمة كالوا أسلمت الزوجة أولا (مسئلة) فان بنى بها ثم أسلم فقد قال مالك يعرض عليها الإسلام فان أسلمت والافسخ نكاحهما وبه قال أبو حنيفة زاد أبو زيد عن ابن القاسم يعرض عليها الإسلام اليوم والثلاثة وقال أشهب يعرض عليها الإسلام فان أسلمت والافلاسيل له اليها يقول ابن القاسم مبنى على ان الإسلام الزوج لا يقع به الفرقة وانما يقع بالحكم أو بالاغفال حتى تطول المدة ولو وقعت الفرقة بنفس اسلامه لم يعرض عليها الإسلام وقال الشافعي حكم ذلك حكم المرأة تسلم قبل زوجها يراعى في ذلك اسلام الثاني منهما في العدة وقد استدلل مالك رحمه الله في رد ذلك بقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وهو ظاهر في مسئلتنا ومن جهة المعنى ان العدة حق لارتجاع المعتدة للنكاح فيجب أن يعتبر فيها فيه الرجعة من قبل الزوج واذا كان الارتجاع من قبل الزوجة لم تراعى فيه العدة للزوجة لان العدة عليها لهما (مسئلة) فان غفل عنها إلى أن تطاول مثل الشهر فقد قال ابن القاسم انه قد برى وقال أشهب لا يفرق بينهما حتى تنقضى العدة وجه قول ابن القاسم ما قدمنا ووجه قول أشهب ان الفرقة انما تكون بحكم التوقيف وامتناعها من الإسلام وانقضاء العدة وأما ما مضى من زمن العدة قبل التوقيف والامتناع من الإسلام فلا تنقطع به العصمة بينهما كالأيوم والأيومين

قال مالك وإذا أسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما اذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم لان الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولا تمسكوا بعصم الكوافر

﴿ ماجاء في الوليمة ﴾

عن مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أنه تزوج فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت إليها فقال زنة نواة من ذهب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ﴿ ش قوله أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة ظاهر هذا اللفظ أن أثر الصفرة كان يجسده ويحتمل أن يكون في ثيابه إذا استعمل اللفظ على سبيل المجاز والتساع كما يقال أصاب فلانا الظين والمطر وإنما أصاب ذلك ثيابه والصفرة يحتمل أن تكون صفرة زعفران أو غيره استعمل على وجه الصبغ للثياب أو الجسد ويحتمل أن تكون صفرة طيب له لون قد تطيب به عبد الرحمن بن عوف وبقيت من لونه على ثيابه أو جسده بقية وقد روى هذا الحديث جاد بن سلمة عن ثابت عن أنس فقال فيه وبردغ زعفران فين أن تلك الصفرة صفرة زعفران وبين أحباب مالك رضي الله عنه لباس الثياب المصبوغة بالصفرة قال يحيى بن عمر في حديث عبد الله بن عمر وأما الصفرة فأي رأيته رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبغ بها فأنا أحب أن أصبغ بها قال يحيى بن عمر يري يصبغ بها ثيابه لاحتية هذا معناه عند أحباب مالك وقال ابن سفيان في المصبغ بالزعفران هذا جازع عند أحبابنا في الثياب دون الجسد وكره أبو حنيفة والشافعي للرجل أن يصبغ ثيابه ولحيته بالزعفران والدليل على صحة ما نقلوه ما روى الدراوردي عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يصبغ لحيته بالصفرة حتى تمتلئ ثيابه من الصفرة فقيل له ما تصنع بالصفرة فقال أي رأيته رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبغ بها ولم يكن شيء أحب إليه منها فإنه كان يصبغ بها ثيابه حتى عمامته

(فصل) فإن كان أثر الصفرة التي كانت لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أثر صفرة صباغ بالزعفران فقد تقدم حكمه وإن كان بغير ذلك من ألوان الصبغ التي لا تعلق لها بالطيب ولا ينتفض على الجسد كالصفرة المصبوغة بالصفرة أو غير ذلك من الأصبغة فلا خلاف في جواز ذلك

(فصل) وقوله فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل أنه سأله لما رأى عليه من التجميل للعرس ليعلم ما سبب ذلك وقد روى أنه رأى عليه بشاشة العرس ويحتمل أن يرى به من الصفرة أو الطيب على جسده ما يتعلق به المنع إلا في عرس أو ما جرى مجراه فسأله عن ذلك ليعلم أن كان استباحه بوجه صحيح فيقره عليه أو استباحه بغير وجه فيعلمه حكمه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كم سقت إليها يحتمل أن يكون سأله لما كان المهر مقدرا عنده فيعلم أن كان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قد بلغ المقدار فيقره عليه أو قصر عنه فيأمره بتخصيص ذلك ما با كماله أو بما يراه ويؤيد صحة هذا التأويل أنه سأله عن المقدار فقال كم سقت إليها ولم يستلهم عن الجنس

(فصل) وقول عبد الرحمن بن عوف زنة نواة قال ابن وهب وغيره من أحباب مالك أن النواة من الذهب خمسة دراهم والوقية أربعون درهما والنش عشرون درهما والنش نصف النش وقال أحمد بن حنبل النواة ثلاثة دراهم وثلاث ومالك وأصحابه أعلم بهذا من غيرهم لأن أهل كل بلد أعلم بعرف بلدهم في التخاطب والتخاور

﴿ ماجاء في الوليمة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أنه تزوج فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة والوليمة طعام النكاح قاله صاحب العين وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك على معنى الندب إليها لما فيها من إشهار النكاح وإظهاره بل هو صفة من صفاته التي يقيز بها مائة ممنوع من السفاح وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال أستحب الأ طعام في الوليمة وكثرة الشهود في النكاح ليشتهر وتثبت معرفته فهذا في الوليمة مع ما يقتزن من ذلك من كرم الأخلاق ومكارمة الإخوان ومواساة أهل الحاجة

(فصل) وليس في قوله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ولا في شيء من ألفاظ الحديث ما يدل على أن هذا كان قبل البناء ولا بعده وقد رأيت بعض من حاول تفسير هذا الحديث من أهل بلدنا قال إن هذا اللفظ يدل على أن الوليمة بعد البناء جائزة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وليس في الحديث ما يدل على ذلك لأنه يحتمل أن يكون سؤال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بعد العقد وقبل البناء ولو بلغنا أنه كان بعد البناء لم يدل على ذلك أيضاً لجواز أن يكون قد فات ذلك قبل البناء فأمره به بعد البناء فيتعقبه البناء ويتصل به وقد روى ابن المواز عن مالك أنه رأى أن يوم بعد البناء وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك لأبأس أن يوم بعد البناء قال فيجب وليس مثل الوليمة قالوا بن حبيب وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستحب الأ طعام على النكاح عند عقده وعند البناء ولفظ عند البناء يقتضي قرب البناء ويحتمل أن يريد به قبله وبعده وكيفما كان فليس فيه منع لأن منه شهرة النكاح وهذا لا يعدم لتقديمه ولا لتأخيره إلا أن تقديم إشهاره قبل البناء ويتصل البناء به عندي أفضل كالأشهاد فأما تأخيره فانه عار من فائدة الأشهاد الذي شرع تقديمه على البناء ومنع تقديم البناء قبل وجود شيء منه كالأشهاد وهي عادة الناس اليوم في الوليمة فيحتمل أن يكون مالك قال ذلك لمن فاتته قبل البناء ويحتمل أن يكون اختار ذلك لأنه لا يقتصر عليه في إشهار النكاح وإنما يشهر أولاً بالأشهاد وهذه زيادة في الإشهار تختص بإشهار البناء ويكون فيه معنى الرضا بما أطلع عليه من حال الزوجة فعلى هذا يختص بما بعد البناء والله أعلم

(فصل) وقوله ولو بشاة وإن كان يقتضي التقليل إلا أنه ليس بمحدود لقل الوليمة فانه لا حد لها وإنما ذلك على حسب الوجود ولعل ذلك كان أقل ما رآه صلى الله عليه وسلم في حال عبد الرحمن بن عوف وفي مثل ذلك الوقت وقد روى ثابت ذكر تزويج زينب بنت جحش عند أنس فقال ما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم أولم على أحد من نسائه ما أولم عليها ولم بشاة ص * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال لقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم * ش قوله كان يوم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم يريد والله أعلم أن ذلك كان في سفر حيث لا يجد الخبز ولا اللحم ولا يوجد فيه ما يبرز ودون به من الاقط والتمر والسويق ويحتمل أيضاً أن يكون في بعض الأوقات لضيق الحال فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرو عنه أنه ترك الوليمة على أحد من نسائه وقد روى منصور بن صفية عن أمه قالت أولم النبي صلى الله عليه وسلم على بعض نسائه بمدين من شعير وهذا يدل على تأكيد الندب إليها والحض عليها قال ابن حبيب وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستحب الأ طعام على النكاح ولم يدع الوليمة على أحد من نسائه قل أو كثر وهذا يقتضي أن يؤخذ في كل حال بما يسع ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أولم على زينب بنت جحش فاشبع الناس خبزاً ولحماً (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالذي أبيح من الوليمة ما جرت به العادة من غير سرف ولا سمعة والمعتاد منها يوم واحد وقد أبيح أكثر من يوم وروى أن اليوم الثاني فضل والثالث سعة وأجاب الحسن رجلاً دعاة في

• وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال لقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوم بالوليمة ما فيها خبز ولا لحم

اليوم الأول ثم في اليوم الثاني ثم دعاه في اليوم الثالث فلم يجبه وروى عن ابن المسيب مثله وقد أوم
ابن سيرين ثمانية أيام ودعاه في بعضها أبي بن كعب وقال ابن حبيب فن وسع الله عليه فليوم من يوم
ابتناؤه إلى مثله ووجه ذلك أن يريد به الأشهار لنكاحه والتوسعة على الناس ولا يقصد به المباهاة
والسمعة (مسئلة) فإذا قلنا أنه يجوز أن يوالى أياما فقد قال ابن حبيب يكره أن يكون استدامته أياما
وأما أن يدعوا في اليوم الثالث من لم يكن دعاه أو من دعاه مرة فذلك سائع ومعنى ذلك أنه لم يقصد
بتكرار الأيام الاستيعاب وأما إذا قل لهم في أول يوم يتكرر على طعام ثمانية أيام فإن هذا نوع من
المباهاة والفخر فإذا تكرر في فعل من الأفعال مقصداً جعل عليه وجعل ذلك مقتضاه ص **مالك**
عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها **ش**
اختلف الرواة في لفظ هذا الحديث فقال مالك إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها وتابعه عليه عبيد الله
ابن عمرو وروى موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أجيبوا الدعوة إذا
دعيتم وروى معمر بن أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم إذا دعاه أحدكم أخاه
فليجب عرسا كان أو غيره وتابعه على ذلك الزبيدي عن نافع عن عبد الله بن عمرو وعلى حسب هذا
اختلف الفقهاء في الحكم فروى ابن القاسم عن مالك في المدنية أنما هذا في طعام العرس وليس طعام
الأملاك مثله **قال القاضي أبو الوليد** رضي الله عنه والذي عندي أن الأملاك حين العقد وان العرس
حين البناء وهذا الذي يلزم اتيانها في الوليمة من اشهاره وروى ابن الموازي عن مالك أنه قال الوليمة التي
يجب أن تؤتى وليمة النكاح وما سمعت أنه يجب أن تؤتى غيرها من الاصنعة وأرى أن تجاب الدعوة
الامن عذرو بهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي اجابة وليمة العرس واجبة ولا اخص في ترك غيرها
من الدعوات التي لا يقع عليها اسم وليمة كالأملاك والنفاس والختان وحادث سرور ومن تركها لم يقل
له أنه عاص وهذا خلاف في عبارة ووجه وجوبها الأمر بذلك والأمر يقتضي الوجوب ومن جهة
المعنى أن حكمها حكم الشهادة لأن المقصود بها الاعلان للنكاح والاثبات لحكمه هذا المشهور من
مذهب مالك وأصحابه وروى ابن حبيب عن مالك أنه قال ليس ذلك عليه حتما وليس بفريضة وأحب
إلى أن يأتي فإن اشتغل فلا ثم عليه لعله على الندب ويحتمل أن يريد أنه على وجه واجب وعلى وجه
مندوب اليه وسياق ذكره أن شاء الله (مسئلة) وروى عن مالك أنه قال الشيخ أبو محمد يريد في غير
العرس وهذا عندي أنما يريد الطعام الذي يصنع لغير سبب من الأسباب التي جرت العادة باتخاذ
الطعام لها فعلى هذا الطعام على ثلاثة أضرب طعام العرس وهو الذي يجب اتيانها والضرب الثاني
طعام له سبب معتاد كالطعام للولود والختان وما جرى مجرى ذلك فإن هذا ليس بواجب ولا مكروه
ويقتضى على تفسير الشيخ أبي محمد أن يكون مكروها **قال القاضي أبو الوليد** رضي الله عنه وعندي
أنه غير مكروه وبين ذلك ما روى أشهب عن مالك أنه قيل له النصراني يتخذ طعاما لختان ابنه
أفجيبه قال إن شاء فعل وإن شاء ترك فهذا في النصراني قد أباحه فكيف بالمسلم **والضرب الثالث**
الطعام الذي لا سبب له فهذا الذي يستحب لاهل الفضل الترفع عن الاجابة اليه ويكره التسرع
اليه لأن ذلك انما هو على وجه التفضل على من يدعى اليه ص **مالك** عن ابن شهاب عن الأعرج
عن أبي هريرة أنه كان يقول شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك المساكين ومن لم
يجب الدعوة فقد عصي الله ورسوله **ش** قوله رضي الله عنه شر الطعام طعام الوليمة يريد أنه
طعام مخصوص بقصد مذموم يقل معه الأجر على كثرة ما فيه من الانفاق وذلك أنه انما يصنع ليدعى له

* وحدثني عن مالك
عن نافع عن عبد الله
ابن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال إذا
دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها
* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن الأعرج
عن أبي هريرة أنه كان
يقول شر الطعام طعام
الوليمة يدعى لها الأغنياء
ويترك المساكين ومن
لم يأت الدعوة فقد عصي
الله ورسوله

الأغنياء دون المساكين لما في دعاء المساكين من ابتداء المنزل والوطاء والمساكين فكان ذلك مما يجعله شر الطعام لأن خير الطعام وأكثره أجزا ما يدعى اليه المساكين لحاجتهم اليه ولما في الصدقة عليهم من سدختهم واشباع جوعتهم فأما الطعام الأغنياء فليس فيه هذا المعنى وانما فيه نوع من المهادة والتودد اذا سلم من السمعة وقد روى ابن حبيب أن ابن عمر رضي الله عنه دعا في وليمة الأغنياء والفقراء فقال ابن عمر للفقراء ههنا لا تنفسدوا عليهم ثيابهم فان انطعمكم ممياً كلون (فصل) وقوله رضي الله عنه ومن لم يجب الدعوة فقد عصي الله ورسوله يقتضى وجوب ذلك وقد تقدم ذكر طعام الوليمة وقوله بعد ذلك ومن لم يجب الدعوة الى طعام الوليمة وعلى ذلك تأول جماعة العلماء وقد نص مالك رحمه الله وأكثرا العلماء على وجوب اتيان طعام الوليمة لمن دعى اليها وصفة الدعوة التي تجب بها الاجابة أن يلقى صاحب العرس الرجل فيدعوه أو يقول لغيره ادع على فلان فيعيته فان قال ادع على من لقيت فلا بأس على من دعى بمنثل هذا أن يتخلف لأن صاحب الطعام لم يعينه ولا عرفه وذكر ذلك ابن المواز ووجه ذلك ما احتج به وذلك انه لا يجب على الناس اتيان العرس من غير دعوة وانما يجب بالدعوة والدعوة مختصة بصاحب العرس فاذا عينه لم يمتنع اتيان الدعوة لتوجيهها ممن تختص به الدعوة وله أن لا يعين المدعو فيدعو من شاء ويمنع من شاء واذا لم يعينه لم يلزمه شيء (مسئلة) واذا لم يمتنع اتيان الدعوة فهل يلزمه الأكل أم لا لم أجده فيه نصا جليا لاحكامنا وفي المنهب مسائل تقتضى القولين وروى ابن المواز عن مالك أرى أن يجب وان لم يأكل أو كان صائما قال أصبغ ليس ذلك بالوكيد وانه تخفيف فقول مالك مبنى على وجوب اتيان الدعوة وان الأكل ليس بواجب ولذلك أوجب الاتيان على من لا يريد الأكل أو من يصوم وقول أصبغ مبنى على وجوب الأكل ولذلك أسقط وجوب الاتيان عن الصائم الذي لا يأكل كل (مسئلة) وان كان في الوليمة زحام أو غلق الباب دونه فقد روى ابن القاسم عن مالك هو في سعة اذا تخلف عنها أو رجع ووجه ذلك انه لا يلزمه الابتداء في الزحام وتكلف الامتثال فان ذلك مما يثلم المروءة والتصاوت ويسقط الوقار وكذلك ان كان به عذر مرض أو غيره (مسئلة) وان كان في العرس لهو غير مباح كالعود والطنبور والمزهر المربع لم يلزمه اتيانه وأما الذي المدور والكبير فباح في العرس وقال أصبغ في المدنية ويكون ذلك عند النساء دون الرجال ولا يكون معه عزف ولا غناء الا لرجل المرحل قال محمد بن عيسى وبلغني انه كان مما يقوله النساء

أتيناكم أتيناكم * فحيونا نحييكم
ولولا الحبة السمرا * لم نحلل بواديكم

فان كان في الوليمة لهو محظور ابطال وجوب اتيانها فمن جاء الوليمة فوجد ذلك فيها فليرجع وعلى هذا جماعة الفقهاء وقال أبو حنيفة لا بأس أن يقعدوا كل وقول الجماعة أولى ص مالك عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة انه سمع أنس بن مالك يقول ان خياطاد عار رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه قال أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك الطعام فقرب اليه خبز من شعير ومرقافيه دباء قال أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبع الدباء من حول القصعة فلم أزل أحب الدباء بعد ذلك اليوم ش أدخل مالك رحمه الله هذا الحديث في باب ما جاء في الوليمة وليس في ظاهر هذا الحديث ما يدل على أن الطعام طعام وليمة ولا غيرها ولكن لما احتل الأمرين وكان من مذهبه انه يكره لذي الفضل والهيئة الاجابة الى طعام صنع لغير سبب أدخل هذا

• وحدثني عن مالك عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة انه سمع أنس بن مالك يقول ان خياطاد عار رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه قال أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك الطعام فقرب اليه خبز من شعير ومرقافيه دباء قال أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبع الدباء من حول القصعة فلم أزل أحب الدباء بعد ذلك اليوم

الحديث في باب ما جاء في الولية امالا انه ثبت عنده انه كان في ولية أو لانه يصح أن يكون طعام ولية فيمنع بذلك احتياج من يوجب اجابة طعام غير الولية بهذا الحديث لانه اذا احتمل الوجهين لم يجوز أن يتجسس به على أحدهما ويحتمل أن يكون فعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لضرورة وحاجة الى الطعام فقد أجاب جماعة من أصحابه بكبار بن عبد الله وأبي طلحة مثل هذا ويحتمل أيضاً أن يكون قد علم من تعظيم الصحابة له وتبركهم بأكله طعامهم ودخوله منازلهم ما علم به انه اذا امتنع من ذلك شق عليهم فكان يستألفهم ويطيب نفوسهم بذلك والله أعلم وقد روى أن هذا الخياط كان غلاماً للنبي صلى الله عليه وسلم فعلى هذا يرتفع الاشكال لان طعام غلامه له استباحة بالانتزاع والأكل وجه من وجوه الانتزاع والله أعلم

(فصل) وقول أنس فذهبت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك الطعام يحتمل أن يكون الخياط قد أباح ذلك لأنس أو من شاء النبي صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون ذلك مبأحاً لما علم أنه يرضى بذلك ولا يكرهه ولو لم يعلم بإحتماله لذلك لردده أو لاستأذنه في أمره وما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل دعاه خامس خمسة فتبعهم رجل آخر فقال صلى الله عليه وسلم للذي دعاه ان هذا تبعنا فاما أن تأذن له واما أن يرجع فأذن له

(فصل) وقوله فقرب اليه خبزاً من شعير ومزقاه دباء وقدر روى ابن بكير والقنبي في هذا الحديث زيادة القديد وهذا علم من فضله وتواضعه صلى الله عليه وسلم فانه كان يأكل من الطعام لما يسد به جوعه ولا يتأق فيه تأق المترفين

(فصل) وقول أنس فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبع الدباء من حول القصعة يحفل أن يكون فعل ذلك صلى الله عليه وسلم لما انفرد بالاكل مع خادمه ومن يعلم انه لا يكره ذلك منه بل يتبرك أن يأكل من موضع مشته فيه يده وانما يمنع من أن تجول يده في الصحفة من يأكل معه من لا يحفل منه هذا المحل وربما كرهه أن يمسه ما بين يديه ولذلك قال صلى الله عليه وسلم لعمر بن أبي سلمة سم الله وكل مما يليك يريد بذلك صلى الله عليه وسلم تعليمه وتأديبه تأديب مثله في الموضع الذي يلزم ذلك فيه ويحتمل أيضاً مع ذلك أن يكون الدباء قد اتفق أن يكون أكثره حول الصحفة وفي موضع لا يصل اليه النبي صلى الله عليه وسلم الا بعد تناوله ذلك على هذا الوجه اما الاتفاق في وضعه أو لأن صاحب الطعام قصد ابتعاده منه وتقريب القديد مما يليه لما ظن أن ذلك أحب اليه من الدباء فاحتاج النبي صلى الله عليه وسلم في أكله الدباء الى أن يتناوله من حول الصحفة وقد جوز مثل هذا للانسان أن يتناوله حيث كان من الصحفة اذا اختلفت أجناس الطعام فيها وانما يلزم الاقتصار على ما بيناه اذا سلوت أجناسه والأصل في ذلك ما رواه الجعد عن أنس أن أم سليم أهدت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حيسة في برمة فوضع يده عليها وتكلم بما شاء الله ثم دعا عشرة يأكلون فيقول لهم اذكروا اسم الله وليأكل كل رجل مما يليه حتى تصرع عنها فوجه الدليل منه أن الخيس متساوي الاجزاء والتزام ذلك في كل شيء أفضل وأجل ان شاء الله تعالى

جامع النكاح

حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا تزوج أحدكم المرأة أو اشترى الجارية فليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة واذا اشترى البعير فليأخذ بذروة سنامه وليستعذ بالله من

جامع النكاح

ص مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا تزوج أحدكم المرأة أو اشترى الجارية فليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة واذا اشترى البعير فليأخذ بذروة سنامه وليستعذ بالله من

الشیطان * ش أمره صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة أو اشترى جارية أن يأخذ بناصيتها وهو مقدم شعر الرأس ويدعو بالبركة وأمره الذي اشترى البعير أن يأخذ بذروة سنامه وهي أعلاه ويستعين بالله من الشيطان يحتمل أن يكون خص الأبل بذلك لما روى أنها خلقت من الجن فاستعاذ بالله من سوء ما خلقت منه مخافة أن يكون في الأبل شيء من أخلاق من خلقت منه وقد قيل إن معنى ما روى أنها خلقت من الجن أن فيها من النفار والحدة والأذى والصلو إذا هاجت ما شئت من أجله بالجن فعلى هذا أيضا يحتمل أن يؤمر أن يستعين بالله من الشيطان الذي شبه به ما اشتراه بشره وأذاهور بما سببت له أسباب الشر وحمله على النفاق والأذى والترويع والهيجان وغير ذلك والله أعلم ص * مالك عن أبي الزبير المكي أن رجلا خطب إلى رجل أخيه فذكر أنها قد كانت أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضربه ثم قال مالك وللخبر * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير كانا يقولان في الرجل يكون عنده أربع نسوة يطلق أحدهن البتة أنه يتزوج ان شاء ولا ينتظر أن تنقضى عدتها * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة بن الزبير أفتيا الوليد بن عبد الملك عام قدم المدينة بذلك غير أن القاسم بن محمد قال طلقها في مجلس شتى * ش وهذا كما قال لأن المطلق زوجته لا يخالها وأن يكون طلاقه بائنا أو رجعيًا فإن كان بائنًا فهو على ما قال يجوز له أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها وليس عليه أن ينتظر انقضاء عدتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يتزوج رابعة غيرها ولا أختها حتى تنقضى عدتها والدليل على ما نقوله أن الطلاق الثلاث معنى يقع به البينونة ويمنع الرجعة فوجب أن يفسخ نكاح الأخت كانقضاء العدة (مسئلة) وإن كانت المطلقة رجعية فلا خلاف أنه لا يجوز أن يتزوج أختها ولا عمتها ولا خالتها ولا رابعة غيرها وهو متفق عليه من أقوال العلماء لأن أحكام الزوجية باقية بينهم ما قول القاسم بن محمد طلقها في مجلس شتى بمعنى أنه لا يجوز له أن يقع البتة في مجلس واحد ولا طلقتهن لاتخلها ما رجعة ولا نكاح على ما أتى ذكره بعد هذا ولم يحتج عروة إلى ذكر هذا لأنه لا تأثير له في جواز عقد نكاح غيرها وانما له تأثير في حظر إيقاعها على غير الوجه الذي تقدم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعق * ش قوله رضي الله عنه ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعق يريد أنه لا يثبت فيهن حكم اللاعب ولا يعذر اللاعب فيهن بل يعمل على مثل ما يعمل عليه الجاد من اللزوم وقد روى ابن المواز عن مالك في الرجل يقول للرجل وهو يلعب زوج ابنتك من ابني وأنا أمرها كذا فقال الآخر على لعب وضعك أتريد ذلك قال نعم قد زوجته فذلك نكاح لازم فهذا المشهور من المذهب وروى في العتية أبو زيد عن ابن القاسم في رجل أبصر رجلا فقل له تنظر اليه ولقد بلغنا أنه ختنك فقال أشهدكم أني زوجته ابنتي بما شاء فقام الرجل يطلب زوجته بأثر ذلك أو بعد يومين فقال الأب كنت لأعيا قال ابن القاسم يحلف

الشیطان * وحدثني عن مالك عن أبي الزبير المكي أن رجلا خطب إلى رجل أخيه فذكر أنها قد كانت أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضربه ثم قال مالك وللخبر * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير كانا يقولان في الرجل يكون عنده أربع نسوة يطلق أحدهن البتة أنه يتزوج ان شاء ولا ينتظر أن تنقضى عدتها * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير أفتيا الوليد بن عبد الملك عام قدم المدينة بذلك غير أن القاسم بن محمد قال طلقها في مجلس شتى * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال ثلاث ليس فيهن لعب النكاح والطلاق والعق

* وحديثي عن مالك عن
 ابن شهاب عن رافع بن
 خديج انه تزوج بنت محمد
 ابن مسleme الانصاري
 فكانت عنده حتى كبرت
 فتزوج عليها فتاة شابة
 فآثر الشابة عليها فناشدته
 الطلاق فطلقها واحدة ثم
 أمهلها حتى اذا كادت تحل
 راجعها ثم عاذا آثر الشابة
 عليها فناشدته الطلاق
 فطلقها واحدة ثم راجعها
 ثم عاذا آثر الشابة فناشدته
 الطلاق فقال ماشئت انما
 بقيت واحدة فان شئت
 استقررت على ماترين
 من الاثره وان شئت
 فارقتك قالت بل استقر
 على الاثره فامسكها على
 ذلك ولم ير رافع عليه اثما
 حين قرت عنده على
 الاثره

(۱۵ - منتقى - لث)

تبيح له في يومها الجلوس عند ضررتها ثم بدا لها الرجوع في ذلك كان لها الرجوع فيه والمنع منه رواه ابن المواز عن مالك ومثله روى عن النخعي ومجاهد وقال الحسن ليس لها الرجوع في ذلك والدليل على ما نقوله ان كل ضرر لحق من الزوج مؤثر في المواصله والاستمتاع فان للمرأة الخيار فيه بعد الرضا به اذا كان مما يرجى زواله ويضر بقاؤه كعجز المعترض (مسئلة) فاذا قلنا لها الرجوع في ذلك وجب على الزوج أن يرجع الى العدل بينهما أو يطلق ولذلك أثر رافع بن خديج الطلاق ولم يؤثر المساواة بينهما وذلك جأزله على حسب ما تقدم

(فصل) وقوله فطلقها حتى اذا كادت أن تحل راجعها يحتمل أن يكون انما كان راجعها يعتقد المساواة بينهما ثم يبدو له فيخيرها بين الرضا بالايثار أو الطلاق ويحتمل أن يكون انما كان راجعها على رضاها بالايثار فيتمادى على ذلك مدة ثم يبدو لها فترجع عن الرضا به ولا بأس بالمراجعة على الايثار وأما عقد النكاح على الايثار فقد روى ابن المواز وابن حبيب انه لا يجوز زاد ابن حبيب وان كان يجوز بعد النكاح الصلح على الأثرة (مسئلة) فان وقع النكاح على ذلك فقد روى محمد وابن حبيب يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويبطل الشرط ووجه ذلك انه مبني على ان الفساد في المهر وانه انما رضى بهذا المقدار على ما شرط من الأثرة

(فصل) وقوله عند الثالثة ما شئت انما بقيت واحدة فان شئت استقررت على ماترين من الأثرة وان شئت فارقتك يريد أنه ان طلقها هذه الطلقة التي بقيت لم يكن له الى ارتجاعها سبيل ولو رضى بالأثرة لم ينفعها وانما بقي لها أن ترضى الآن بالأثرة وتقر على ذلك أو يطلقها آخر الطلاق فلا يكون البها سبيل

(فصل) وقولها بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك ولم ير رافع عليه انما حين قرت عنده على الأثرة يريد أنه رأى انه لا اثم عليه في الايثار عليها الذي لا يجوز له الا باذنها ولو لم ترض به لكان آثما فيه لو تمادى عليه والله أعلم وأما اذا كان يرضى في المدينة عن عيسى قلت لابن القاسم يجوز للرجل أن يفعل مثل ما فعل رافع فقال لي لا بأس بذلك لانه لم يضرها ولو شاء ابتداء طلاقها من غير تعيير وروى يحيى بن يحيى عن نافع قال ما أحب ذلك لأحد قال الله تعالى فلا تميلاوا كل الميل فتذروها كالمعلقة قال يحيى بن ابراهيم قول ابن القاسم هو الفقه بعينه والله أعلم

﴿ تم الجزء الثالث من المنتقى للعلامة الباجي * ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب الطلاق ﴾

﴿ فهرست الجزء الثالث من كتاب المنتقى للإمام الباجي رحمه الله ﴾

صحيفه

- ٢ هدى المحرم اذا أصاب أهله
- ٧ هدى من فاته الحج
- ٩ هدى من أصاب أهله قبل أن يفيض
- ١٠ ما استيسر من الهدى
- ١٢ جامع الهدى
- ١٦ الوقوف بعرفة والمزدلفة
- ١٨ وقوف الرجل وهو غير طاهر ووقوفه على دابته
- ١٩ وقوف من فاته الحج بعرفة
- ٢١ تقديم النساء والصبيان
- ٢٢ السير في الدفعة * وفيه بيان
- ٢٣ الباب الأول في بيان وقت الوقوف
- ٢٣ الباب الثاني في بيان وقت الدفع
- ٢٤ ما جاء في النحر في الحج
- ٢٦ العمل في النحر
- ٢٨ الحلاق * وفيه أبواب
- ٢٩ الباب الأول في من حكمه الحلاق والتقصر
- ٢٩ الباب الثاني في صفة الحلاق والتقصر
- ٣٠ الباب الثالث في موضع الحلاق والتقصر
- ٣٠ الباب الرابع في وقت الحلاق والتقصر
- ٣٠ الباب الخامس فيما يتعلق بالحلاق والتقصر من الأحكام
- ٣١ الباب السادس هل الحلاق نسك أو نحل
- ٣٢ التقصر
- ٣٤ التليد
- ٣٤ الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة
- ٣٤ الصلاة بمعنى يوم التروية والجمعة بمعنى وعرفة
- ٣٨ صلاة المزدلفة
- ٤٠ صلاة منى
- ٤١ صلاة المقيم بمكة ومنى
- ٤١ تكبير أيام التشريق
- ٤٣ صلاة المعرس والمخضب
- ٤٥ البيوتة بمكة ليالي منى

رى الجمار	٤٦
الرخصة فى رى الجمار * وفيه أبواب	٥١
الباب الأول فى من نسى رى حصاة من الجمار	٥٣
الباب الثانى فى من نسى جرة كاملة	٥٥
الباب الثالث فى من نسى رى جمار يوم	٥٥
الباب الرابع فى من نسى الجمار كلها	٥٥
الباب الخامس فى صفة الرى	٥٥
الافاضة	٥٦
دخول الخائض مكة	٥٧
افاضة الخائض	٦١
فدية ما أصيب من الطير والوحش	٦٣
فدية من أصاب شيئاً من الجراد وهو محرم	٦٦
فدية من حلق قبل أن ينحر	٦٧
ما يفعل من نسي من نسكه شيئاً	٧١
جامع الفدية	٧٢
جامع الحج	٧٦
حج المرأة بغير ذى محرم	٨٢
صيام المتمتع	٨٣
كتاب الضحايا	٨٣
النهي عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام	٨٦
ما يستحب من الضحايا	٨٨
ادخار لحوم الأضاحى	٩٣
الشركة فى الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة * وفيه بابان	٩٥
الباب الأول فيما يستحب من عدد الضحايا	٩٧
الباب الثانى فى من يجوز للانسان أن يشركه فى أضحيته	٩٨
كتاب العقيقة وما جاء فيها	١٠١
العمل فى العقيقة	١٠٢
كتاب الذبائح وما جاء فى التسمية على الذبيحة	١٠٤
ما يجوز من الذكاة على حال الضرورة * وفيه أبواب	١٠٦
الباب الأول فى صفة المذكى	١٠٦
الباب الثانى فى صفة ما يذكى به	١٠٦
الباب الثالث فى صفة الذكاة	١٠٧
الباب الرابع فى بيان محل الذكاة	١٠٧

- ١١٤ ما يكره من الذبيحة في الذكاة
 ١١٦ ذكاة ما في بطن الذبيحة
 ١١٨ كتاب الصيد وترك أكل ما قتل المعراض والحجر * وفيه أبواب
 ١١٨ الباب الأول في صفة الآلة
 ١١٩ الباب الثاني في صفة الرمي والضرب
 ١١٩ الباب الثالث في صفة المرمى والمضروب
 ١١٩ الباب الرابع في منتهى فعل الرمية والضربة
 ١٢٣ ما جاء في صيد المعلمات وفيه أبواب
 ١٢٣ الباب الأول في صفة الجارح
 ١٢٤ الباب الثاني في صفة الكلب المعلم
 ١٢٤ الباب الثالث في معنى الامساك
 ١٢٨ ما جاء في صيد البحر وفيه بابان
 ١٢٩ الباب الأول في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة
 ١٢٩ الباب الثاني في بيان ما لا يجوز أكله الا بذكاة
 ١٣٠ تحريم أكل كل ذي ناب من السباع
 ١٣٢ ما يكره من أكل الدواب
 ١٣٣ ما جاء في جلود الميتة
 ١٣٨ ما جاء في من يضطر الى أكل الميتة
 ١٤١ كتاب الأشربة * الحد في الخمر وفيه أبواب
 ١٤٢ الباب الأول في من يجب استنكاهه
 ١٤٢ الباب الثاني في من يثبت ذلك بشهادته
 ١٤٣ الباب الثالث فيما يجب بشهادة الاستنكاه
 ١٤٣ استشارة سيدنا عمر بن الخطاب في مقدار حد الخمر وفيه أبواب
 ١٤٤ الباب الأول في صفة الشهادة
 ١٤٤ الباب الثاني في صفة الضرب وما يضرب به
 ١٤٥ الباب الثالث في ما يضاف الى الحد
 ١٤٥ الباب الرابع في تكرار الحد
 ١٤٦ الباب الخامس في ما يسقط الحد عن شارب الخمر
 ١٤٦ حد الأرقاء في الخمر * وفيه بابان
 ١٤٦ الباب الأول في صفة من يقيم الحد
 ١٤٦ الباب الثاني في صفة المحدد
 ١٤٨ ما ينهى أن ينبذ فيه
 ١٤٩ ما يكره أن ينبذ جميعا

صحيحة

- ١٥١ تحريم الخمر
 ١٥٣ جامع تحريم الخمر
 ١٥٩ كتاب الجهاد * الترغيب في الجهاد
 ١٦٥ النهي عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو
 ١٦٦ النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو
 ١٧٢ ما جاء في الوفاء بالأمان وفيه أبواب
 ١٧٢ الباب الأول في صفة التأمين
 ١٧٢ الباب الثاني في وقت التأمين
 ١٧٣ الباب الثالث في صفة المؤمن
 ١٧٣ الباب الرابع فيما ثبت به الأمان
 ١٧٣ الباب الخامس في مقتضى التأمين
 ١٧٤ العمل فمين أعطى شيئاً في سبيل الله
 ١٧٦ جامع النفل في الغزو وفيه أبواب
 ١٧٦ الباب الأول في موضع قسمتها
 ١٧٧ الباب الثاني في بيان من إليه قسمة الغنمة
 ١٧٧ الباب الثالث في بيان ما يقسم من الغنمة وتمييزه مما لا يقسم
 ١٧٨ الباب الرابع في بيان من له حق في الغنمة
 ١٧٨ الباب الخامس في بيان قسم الغنمة
 ١٨٠ مسئلة وفيها أبواب
 ١٨٠ الباب الأول في صفة حضور القتال على المشهور من قول مالك
 ١٨٠ الباب الثاني فيما أحرز من الغنمة
 ١٨٠ الباب الثالث فيما يمنع استحقاق الغنمة
 ١٨١ الباب الرابع فيما ثبت به المعاني المؤثرة في منع الغنمة
 ١٨١ ما لا يجب فيه الخمس وحكم من وجد من العدو الخ * وفيه بابان
 ١٨١ الباب الأول في بيان حكمهم
 ١٨٢ الباب الثاني في بيان حكم ما وجد معهم من المال
 ١٨٣ ما يجوز للمسلمين أكله قبل الخمس
 ١٨٤ ما يرد قبل أن يقع القسم مما أصاب العدو
 ١٨٩ ما جاء في السلب في النفل
 ١٩٤ ما جاء في إعطاء النفل من الخمس
 ١٩٦ القسم للخيال في الغزو
 ١٩٨ ما جاء في الغلول
 ٢٠٤ الشهاداء في سبيل الله

- ٢٠٩ ماتكون فيه الشهادة .
 ٢١٠ العمل في غسل الشهداء .
 ٢١١ ما يكره من الشيء يجعل في سبيل الله
 ٢١٢ الترغيب في الجهاد
 ٢١٥ ما جاء في الخيل والمسابقة بينها والنفقة في الغزو
 ٢١٩ احرار من أسلم من أهل الذمة أرضه * وفيه أبواب
 ٢١٩ الباب الأول في معرفة الصلح والعنوة
 ٢٢١ الباب الثاني في حكم أهل الصلح الخ
 ٢٢١ الباب الثالث في حكم انتقال الأملاك عنهم الخ
 ٢٢٢ الباب الرابع في ذكر أموالهم الخ
 ٢٢٣ الباب الخامس في حكم أموالهم إذا أسلموا
 ٢٢٥ الدفن في قبر واحد من ضرورة وإنفاذاً بيكر عدة النبي الخ
 ٢٢٨ كتاب النذور والايمان * ما يجب من النذور في المشي
 ٢٣٣ ما جاء في من نذر مشياً الى بيت الله فعجز
 ٢٣٩ العمل في المشي الى الكعبة
 ٢٤٠ ما لا يجوز من النذور في معصية الله .
 ٢٤٣ اللغو في اليمين
 ٢٤٥ ما لا تجب فيه الكفارة من اليمين
 ٢٤٩ ما تجب فيه الكفارة من اليمان
 ٢٥٤ العمل في كفارة اليمان
 ٢٥٩ جامع اليمان
 ٢٦٤ كتاب النكاح * ما جاء في خطبة النساء
 ٢٦٦ استئذان البكر والأيم في أنفسهما
 ٢٧٥ ما جاء في الصداق والخباء
 ٢٩٢ ارشاء الستور
 ٢٩٣ المقام عند الأيم والبكر
 ٢٩٦ ما لا يجوز من الشروط في النكاح
 ٢٩٨ نكاح المحلل وما أشبهه
 ٣٠٠ ما لا يجمع بينه من النساء
 ٣٠٣ ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته
 ٣٠٧ نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه مما يكره
 ٣٠٩ جامع ما لا يجوز من النكاح
 ٣١٩ نكاح الأمة على الحرمة

صحيحة

- ٣٢٤ ماجاء في الرجل بملك المرأة وقد كانت تحته ففارقها
 ٣٢٥ ماجاء في كراهية اصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابنتها
 ٣٢٦ النهي عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه
 ٣٢٨ النهي عن نكاح اماء أهل الكتاب
 ٣٢٩ ماجاء في الاحصان * وفيه أبواب
 ٣٣١ الباب الأول في صفات المحصن
 ٣٣٢ الباب الثاني في وصف ما يكمل به الاحصان من العقود
 ٣٣٣ الباب الثالث في ذكر ما يقع به الاحصان من الجماع الخ
 ٣٣٣ الباب الرابع فيما يثبت به حكم الاحصان
 ٣٣٤ نكاح المتعة
 ٣٣٦ نكاح العبد * وفيه أبواب
 ٣٣٧ الباب الأول في ملك السيد نكاح العبد
 ٣٣٨ الباب الثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجويز السيد له وفسخه
 ٣٣٩ الباب الثالث في حكم المهر والنفقة في نكاح العبد
 ٣٤٠ نكاح المشرك اذا أسلمت زوجته قبله
 ٣٤٧ ماجاء في الوليمة

* تمت *

﴿ الجزء الرابع من ﴾

كِتَابُ

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واث

الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة

المالكية المولود سنة ٤٠٣ هـ المتوفى سنة ٤٩٤ هـ

رحمه الله ورضي عنه

« الطبعة الاولى - سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السبعاذه بجوار محاذية مصر

الطبعة الثانية

دار الكتاب الإسلام

القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم
 * كتاب الطلاق *
 (ماجاء في البتة)

* حدثني يحيى عن مالك
 انه بلغه أن رجلا قال لعبد
 الله بن عباس اني طلقت
 امرأتى مائة تطليقة فاذا
 ترى على فقال له ابن عباس
 طلقت منك بثلاث وسبع
 وتسعون اتخذت بها
 آيات الله هزوا

بسم الله الرحمن الرحيم

* كتاب الطلاق *
 (ماجاء في البتة)

ص * مالك انه بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس اني طلقت امرأتى مائة تطليقة فاذا ترى على
 فقال له ابن عباس طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا * ش قوله
 طلقت امرأتى مائة تطليقة يحفل ابقاها بمجموعة ومفرقة ولا تأثر للزائد على الثلاث في جمعها الا ماله
 من التأثير في تفريقها وذلك انه اتم فيها ولا يعتد عليه بشئ منها ان جدد نكاحها بعد زوج وانما الذي
 فرق بينهما ان التي يطلقها واحدة بعد أخرى يتعين له التي يحرم بها عليه وهي الثلاث الاول وما بعدها
 من الطلاق فاما يتناول امرأة أجنبية لا يتعين بها طلاق والذي يجمع لا يتعين له الثلاث التي تحرم بها
 عليه وهذا لا تأثر له في الحكم الا في الاستثناء وهو اذا قال لها طلقتك مائة الانسعة وتسعين وقد روى
 عن سحنون انها بائن منه بثلاث وروى عنه انه قال لا يقع عليها الا طلاق واحدة فن جعل ما زاد على
 لفظ الثلاث ليس له غير حكم الثلاث ألزمه الثلاث بمنزلة قوله أنت طالق ثلاثا لا ثلاثا ومن جعل للفظ
 المائة تأثيرا جعل لما زاد من الاستثناء على الثلاث تأثيرا فلم يبق من الطلاق الا واحدة
 (باب ما يجوز ايقاعه من الطلاق)

يعتبر بثلاثة معان العدد والصفة والزمان قال القاضي أبو محمد الطلاق على ثلاثة أضرب طلاق سنة
 وطلاق بدعة وطلاق لا يوصف بسنة ولا بدعة قال ومعنى قولنا طلاق سنة انه أوقع على الوجه الذي

ورداً للشرع بإيقاعه عليه ومعنى وصفنا بأنه للبدعة أنه أوقع على غير الوجه الذي ورد الشرع بإيقاعه عليه * والضرب الثالث فيمن عقد إيقاع الطلاق عليها في جميع الأحوال وهذه الثلاثة الأقسام تصح من جهة الزمان فإما من جهة العدد والصفة فلا يكون الاقسام سنة وبدعة ويبطل القسم الثالث فإما العدد فإنه لا يحل أن يوقع أكثر من طلقة واحدة فمن أوقع طلقتين أو ثلاثاً فقد طلق بغير السنة وقال الشافعي موقع الثلاث جملة مطلق للسنة والدليل على ما نقوله قوله تعالى الطلاق مرتان فإمسك بمعروف أو تسرع بإحسان ولا يغفلوا أن يكون أمر بصفة الطلاق والأمر يقتضي الوجوب أو يكون إخباراً عن صفة الطلاق الشرعي ومن أصحابنا من قال إن ألف واللام تكون للحصر وهذا يقتضي أن لا يكون الطلاق الشرعي على غير هذا الوجه فإن قيل المراد بذلك الإخبار عن أن الطلاق الرجعي طلقتان وإن ما زاد عليه ليس برجعي قالوا بطل على ذلك أنه قال بعد ذلك فإمسك بمعروف أو تسرع بإحسان ثم أفرد الطلقة الثالثة لما لم تكن رجعية وفارق حكمها حكم الطلقتين فقال فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره إذا كان المراد ما ذكرناه من الإخبار عن الطلاق الرجعي لم يدل ذلك على أن هذا هو الطلاق الرجعي دون غيره * فالجواب أن هذا أمر اضمر في الكلام مع استقلاله ودونه بغير دليل لأنكم تضمرون الرجعي وتقولون معناه الطلاق الرجعي مرتان وإذا استقل الكلام دون ضمير لم يجز تعديها إلا بدليل * وجواب ثان وهو أنه لو أراد الإخبار عما ذكرتم لقال الطلاق طلقتان لأن ذلك يقتضي أنه الطلاق الرجعي أو فعهن مجتعتين أو مفترقتين فلما قال مرتان ولا يكون ذلك إلا لإيقاع الطلاق غترقاً ثبت أنه قصد الإخبار عن صفة إيقاعه لا الإخبار عن عدد الرجعي منه فإن قالوا إن لفظ التكرار إذا علق باسم أمر يده العدد دون تكرار الفعل يدل على ذلك قوله تعالى نؤتها أجزها مرتين لم يرد تفريق الأجزاء وإنما أراد تضعيف العدد * فالجواب أن قوله نؤتها أجزها مرتين حقيقة فيما ذكرناه من تكرار الفعل دون العدد ولا فرق في ذلك بين أن يعلق على فعل أو اسم يدل على ذلك أنك تقول لقيت فلاناً مرتين فيقتضي تكرار الفعل وكذلك قوله دخلت مصر مرتين فإذا كان ذلك أصله وحقيقته ودل الدليل في بعض المواضع على العدول به عن حقيقته واستعماله في غير ما وضع له لم يجز حمله على ذلك في موضع آخر إلا بدليل وجواب آخر وهو أن الفضل قال معنى نؤتها أجزها مرتين مرة بعد مرة في الجنة فعلى هذا لم يخرج اللفظ عن بابه إلا عدل به عن حقيقته وإن قلنا إن معنى التضعيف في ماله وأجزه فالفرق بينهما أن قوله تعالى نؤتها أجزها مرتين يفيد التضعيف ويمنع الاقتصار على ضعف واحد ولو كان معنى قوله تعالى الطلاق مرتان يريد به التضعيف لمنع من إيقاع طلقة واحدة والابطال معنى التضعيف وهذا باطل باتفاق ودليلنا من جهة السنة ما روى مخزومة بن بكير عن أبيه قال سمعت محمد بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثاً تطليقات جميعاً فقال فعلته لأعياثم قال تلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى ذو عدد يقتضي البينونة فوجب تحريره كاللعان (فرع) إذا ثبت ذلك فمن أوقع الطلاق الثلاث بلفظة واحدة لم يمهأ وأوقعه من الثلاث وبه قال جماعة الفقهاء وحكى القاضي أبو محمد في إشرافه عن بعض المتقدمين أنه لا يمهأ طلقة واحدة وعن بعض أهل الظاهر لا يمهأ شيء وإنما يرى هذا عن الحجاج بن أرطاة ومحمد بن إسحق والدليل على ما نقوله إجماع الصحابة لأن هذا أمر روي عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم ولا يخالفهم وما روي عن ابن

عباس في ذلك من رواية طاوس قال فيه بعض المحدثين هو وهم وقد روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن وهب خلاف ذلك وإنما وقع الوهم في التأويل قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى ابن الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة فقد رواه عنه الأئمة معمر وابن جريح وغيرهما وابن طاوس امام الحديث الذي يشيرون اليه هو ما رواه ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلاق الثلاث واحدة فقال عمر رضي الله عنه قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة فلو أمضيتم فأمضاه عليهم ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طلاقاً واحدة بدل إيقاع الناس ثلاث تطليقات ويدل على صحة هذا التأويل أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة فأنكر عليهم أن يحدثوا في الطلاق استعجالاً أمر كانت لهم فيه اناة فلو كان حالهم ذلك من أول الإسلام في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ما قاله ما عاب عليهم أنهم استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة ويدل على صحة هذا التأويل ما روى عن ابن عباس من غير طريق أنه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها بمجموعة فإن كان هذا معنى حديث ابن طاوس فهو الذي قلناه وإن حل حديث ابن طاوس على ما ينأول فيه من لا يعبأ بقوله فقد رجح ابن عباس إلى قول الجماعة وانعقد به الإجماع ودليلنا من جهة القياس أن هذا طلاقاً أوقعه من يملكه فوجب أن يلزمه أصل ذلك إذا أوقعه مفرداً (مسئلة) إذا ثبت ذلك فسنة الطلاق أن يطلقها طلاقاً واحدة ثم يملكها حتى تنقضي عدتها إن أراد أمضاء الطلاق فإن طلقها في القرء الثاني طلاقاً وفي القرء الثالث طلاقاً فإن الطلقتين المتأخريتين ليستا لسنة وقال أبو حنيفة إن طلاق السنة أن يطلقها في كل قرء طلاقاً فتنقضي عدتها وقد طلقها ثلاثاً وقد قال أشهب لا بأس به ما لم يرجعها في خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية فلا يحق له ذلك لما يريد من تطويل العدة فوجه قول مالك قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهذا يقتضي إيقاع طلاقاً يعتد به والطلاق الثانية لأعدتها فلا يتناولها الأمر بصفة الطلاق ومن جهة القياس أن هذا طلاقاً في مدخول بها لا يوجب عدة فلا يكون للسنة أصل ذلك إذا طلق الثلاث بلفظ واحد فإن الثانية والثالثة ليستا لسنة لما لم توجب عدة إذا ثبت ذلك فقد قال ابن المواز طلاقاً في كل طهر أحب إلى من طلقتين في مجلس وهذا إنما هو بمعنى أن أحد الأمرين أشد من الآخر (مسئلة) وأما اعتبار السنة من جهة الزمان فإن يطلق المدخول بها الحامل التي تجري حيضتها على المعتاد في طهر لم تمس فيه ولا عقيب حيضة طلق فيها وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وقوله رضي الله عنه طلقت منك بثلاث يريد أن الثلاث تعلقت بها دون ما زاد على ذلك فإنها لا تتعلق لها بها وإذا طلقت منه بثلاث وكان للثلاث تعلق بها وتأثير في نكاحها فقد انقطعت العصمة بينهما ونفذاً كان له فيها من الطلاق وبذلك لم يتعلق بها ما زاد على الثلاث فلا تحصل له حتى تنكح زوجاً غيره على ما قدمناه

(فصل) وقوله رضي الله عنه وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله عز وairيد أنه أتى بها تلاعباً واستهزاء ومخالفة لما أثبت به آيات الله من أن الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان وهي الثالثة عند كثير من العلماء ومن قال به قتادة وقد قال غيره أن الثالثة قوله عز وجل فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإذا كان الباري تعالى قد نص في كتابه الكريم على أن الطلاق ثلاث ثم طلق رجل أكثر من ثلاث فقد خالف كتاب الله وقصد الاستهزاء والتلاعب

والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان رجلا جاء الى عبد الله بن مسعود فقال اني طلقت امرأتى ثمان
تطبيقات فقال ابن مسعود ماذا قيل لك قال قيل لي انها قد بانت مني فقال ابن مسعود صدقوا من طلق
كأمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبسا جعلنا لبسه به لا تلبسوا على أنفسكم وتعمله عنكم
هو كما يقولون * ش قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ماذا قيل للسائل عن طلاقه ثمانيا
يحتمل أن يكون يرى أقوال الناس في ذلك ويعلم اتفاقهم من اختلافهم وربما كان للفتى في ذلك شيء
الى أمر أغفله وان وجد العلماء قد خالفوا ما ظهر اليه حله ذلك على إعادة النظر والزيادة في الاجتهاد
والثبوت وان رأى الفقهاء قد وافقوا رأيه قوى في نفسه وظهر اليه وشكر الله تعالى على ما أعانه عليه
وأظهر الموافقة والتصحيح لقول العلماء ولذلك قال عبد الله بن مسعود صدقوا فإظهر تصديقهم
وموافقهم

* وحديثي عن مالك أنه

بلغه أن رجلا جاء الى

عبد الله بن مسعود

فقال اني طلقت امرأتى

ثمان تطبيقات فقال ابن

مسعود ماذا قيل لك قال

قيل لي انها قد بانت مني

فقال ابن مسعود صدقوا

من طلق كما أمره الله فقد

بين الله له ومن لبس على

نفسه لبسا جعلنا لبسه به

لا تلبسوا على أنفسكم

وتعمله عنكم هو كما

يقولون * وحديثي عن

مالك عن يحيى بن سعيد

عن أبي بكر بن حزم أن

عمر بن عبد العزيز قال له

البتة

(فصل) وقوله رضى الله عنه من طلق كما أمره الله فقد بين الله له يردان سنن الطلاق بينة قدينيها
الله عز وجل في كتابه لا يحتاج العامل بها ولا المفتي فيها الى بحث ولا نظر ولا اجتهاد فمن أطاع الله تعالى
في طلاقه وأوقعه على حسب ما أمر به فهو بين واضح ان كان ممن يقرأ القرآن بان له من نصه وان كان
ممن لا يقرأ أولايههم مه سأل عن ذلك فاخبر عن أمر واضح بين لا يحتمل الزيادة ولا النقص

(فصل) وقوله رضى الله عنه ومن لبس على نفسه لبسا عليه أى جعلنا لبسه به يردانه من تعدى
الواضح من أمر الله تعالى في الطلاق فقد لبس على نفسه ودخل في أمر متلبس مشتبه يحتاج المفتي
فيه الى البحث والاجتهاد ولا يتضح له مع ذلك الحكم كوضوح المنصوص عليه فيجعل لبسه به ويغفل
عليه وذلك من وجهين أحدهما انه متى ترددت الأدلة بين التعريم والاباحة ولم يكن وجه الحكم بينا
غلب التعريم والمنع والثاني ان الطلاق المباح هو الذي يقتضى التحقيق فن خالفه الى الطلاق
الممنوع المحرم اقتضى التغليب عليه والتغليب في الطلاق معناه الازام

(فصل) وقوله رضى الله عنه لا تلبسوا على أنفسكم وتعمله عنكم هو كما يقولون يردان من طلق
على غير ما أمره الله به ولبس على نفسه فان المفتي لا يتحمل له ما شبه عليه ولا يقع هذا ثلاث تطبيقات
في لفظ واحد فيقول له المفتي انها طلاق واحدة حتى يفرقها لان جمع الطلاق ليس في كتاب الله تعالى
وانما يقتضى ظاهر القرآن تفريقه لقوله تعالى الطلاق مرتان فمن لبس على نفسه بايقاع الطلاق
بلفظة واحدة جعل ذلك بمعنى انه أزم الثلاث وقد روى مجاهد قال سئل عبد الله بن عباس عن رجل
طلق امرأته ثلاثا تلاوا واذ طلقت النساء حتى بلغ يجعل له محرجا وانك لم تتق الله فلا أجده لك محرجا
(مسئلة) اذا ثبت ذلك فسواء علق الطلاق على جملة المرأة فقال أنت طالق أو فلانة طالق أو على

جزء منها فقال يدك طالق أو شعرك طالق وهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يلزمه الطلاق
الا في خمسة أعضاء الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج والدليل على ما نقوله انه جزء متصل بها
اتصال خلفه فوجب وقوع الطلاق عليه كوقوعه على الجملة أصل ذلك اذا أوقعه على أحد الأعضاء
الخمس (فرع) اذا ثبت ذلك فأى عضو علق به الطلاق لزم وقد اختلف أصحابنا في الشعر والكلام
فقال سحنون تغليب الطلاق أو العتق بالشعر غير لازم وكذلك الكلام ورواه ابن المواز عن ابن
عبد الحكم قال وكذلك من قال سعالك على حرام قال وروى عن أشهب انه لازم ووجه القول الأول
انه مما لا تحله الحياة ووجه الرواية الثانية انه مما يقع به الالئناذ على وجه الاستمتاع فأشبه الوجه
واليسدين ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم ان عمر بن عبد العزيز قال البتة

ما يقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفاً ما أبقيت البتة منه شيئاً من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى **ش** قول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه البتة ما يقول الناس فيها سؤال لأصحابه ومن حضر مجلسه من العلماء عما بلغهم من أقوال الصحابة ومن بعدهم من أهل العلم وقد اختلفوا في ذلك اختلافاً شديداً وذلك أن المتأخرين من الفقهاء قالوا إن الطلاق على ضربين صريح وكناية فذهب القاضي أبو محمد إلى أن الصريح مأنص من لفظ الطلاق على أي وجه كان مثل أن يقول أنت طالق وأنت مطلقة أو قطلقتك أو الطلاق له لازم وما عدا ذلك من ألفاظ الطلاق مما يستعمل فيه فهو كناية وهذا قال أبو حنيفة قال القاضي أبو الحسن صريح الطلاق ألفاظ كثيرة وبعضها أبين من بعض الطلاق والسراح والفرار والحرام والخلية والبرية وقال الشافعي الصريح ثلاثة ألفاظ وهو ما ورد به القرآن من لفظ الطلاق والسراح والفرار ووجه المسئلة عندي على مطلق الكلام فيها أن الصريح في كلام العرب على وجهين أحدهما أن يريد بالصريح الخالص الذي يستعمل في الطلاق دون غيره أو وضع له دون غيره ولذلك روي في الحديث هذا صريح الإيمان أي خالصه والوجه الثاني أن يريد بالصريح البين من قولهم صرح فلان بالقول إذا بينه وقصد الأخبار عنه فإذا قلنا إن معنى الصريح الخالص فغنى قولنا صريح الطلاق أن هذا اللفظ وضع لهذا المعنى دون غيره أو يستعمل فيه دون غيره فإن الصريح لفظ الطلاق خاصة لانه موضوع له دون غيره ويكون معنى كنيات الطلاق ما وضع له أو لغيره أو يستعمل في هذا المعنى وفي غيره كلفظ سرحتك وفارقتك وخيلتك وباريتك وبنيتك (فصل) فإن قلنا إن معنى الصريح البين فإن الصريح من الطلاق ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيراً كفارتك وسرحتك وخيلتك وبنيتك وأنت حرام لأن هذه الألفاظ وإن استعملت في الطلاق وغيره إلا أنه قد كثر استعمالها في الطلاق وعرفت به فصارت بينة واختفى إيقاع الطلاق كالفائض الذي وضع للمطمان من الأرض ثم استعمل على وجه المجاز في اتیان قضاء الحاجة فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له وكذلك في مسئلتنا مثله

(فصل) إذا ثبت ذلك فقد اختلف أصحابنا في البتة فروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال هي واحدة وبه قال أبان بن عثمان وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه هي ثلاث وروى أيضاً عن عمرو بن دينار الزهري وعمر بن عبد العزيز والدليل على أنها لا تكون الاثلاث في المدخول بها ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتة فزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وان ما معه الا مثل الهدية وأخذت هدية من جلبابها فقال تريد أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك فوجه الدليل من هذا الحديث أنها قالت كنت تحت رفاعة القرظي فطلقني البتة ثم أجابها أنها لا ترجع إليه حتى يمسها غيره وهذا يقتضي أن هذا حكم طلاق البتة ولو اختلف حكم البتة لما منعها حتى سألها عن أي أنواع البتة كان طلاقها إياها ودليلنا من جهة المعنى أن معنى البتة القطع وهذا يقتضي قطع العصمة بينهما والمبالغة في ذلك ولذلك يقال ما بين بينهما شيء البتة يريدون المبالغة في قطع ما كان بينهما وإذا كان ذلك معنى هذه اللفظة ومقتضاها فلا يكون ذلك في المدخول بها الا بالثلاث وأما قبل الثلاث فله الرجعة عليها والميراث بينهما فلا يوجد فيه معنى البتة والقطع لما بينهما ولذلك قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه لو كان الطلاق ألفاً ما أبقيت البتة منه شيئاً

ما يقول الناس فيها قال أبو بكر فقلت له كان أبان بن عثمان يجعلها واحدة فقال عمر بن عبد العزيز لو كان الطلاق ألفاً ما أبقيت البتة منها شيئاً من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى

(فصل) وقوله رضى الله عنه من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى بريدانه من قال البتة في طلاقه فقد بلغ أقصى الغايات في الطلاق ومنع التراجع الذي لا يوصف بالفرقة التي لا تمنع بالبتة وهذا المعنى من المبالغة في ذلك لا يكون الا بالثلاث ويدل على أنه قدرى الغاية القصوى على ما قاله عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه ان ذلك مقتضى البتة وعلى ذلك يستعمل هذه اللفظة الناس في الطلاق وغيره في الجواز والمنع فيقول القائل لا أفعل ذلك البتة ومعناه انه لا سبيل الى مخالفة قوله ولا الى العدول منه بوجه وكذلك من قال أنت طالق البتة معناه طلاقا لا سبيل فيه الى مراجعة الزوجية وذلك لا يكون الا بالثلاث ص * مالك عن ابن شهاب ان مروان بن الحكم كان يقضى في الذي يطلق امرأته البتة انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى في ذلك * ش قوله ان مروان بن الحكم كان يقضى في البتة بالثلاث يقتضى تكرار هذا القضاء منه وعلى هذا الوجه يستعمل هذا اللفظ فمن يكثر منه الفعل وانما استظهر مالك بذلك لان مروان كان أميراً بالمدينة في زمان جماعة من الصحابة وأجلة التابعين وعلمائهم وكان لا يقضى الا عن مشورتهم وبما اتفق عليه جميعهم أو أكثرهم وأعلمهم فاذا تكرر قضاؤه في البتة انها ثلاث دل ذلك على أنه كان الظاهر من أقوالهم والمعمول به من مذاهبتهم وأنه الذي اتفق عليه جميعهم والله أعلم (مسئلة) وهذا في المدخول بها فأما غير المدخول بها فان نوى الثلاث أو لم ينو شيئاً فلا خلاف في المذهب انها ثلاث وان نوى واحدة فهل ينوئى أو لا فيمر وايتان احدهما لا ينوئى وتلزمه الثلاث وبه قال سحنون وابن حبيب والرواية الثانية أنه ينوئى وبها قال مالك فالرواية الاولى مبنية على أن البتة لا تتبع بعض ولا يصح الاستثناء منها وهو معنى قول أصبغ في العتبية ونص عليه سحنون في المجموعة والرواية الثانية مبنية على أنها تتبع بعض ويصح الاستثناء منها وقد روى عنه في العتبية ورواه سحنون عن العتبي وعلى هذا الاختلاف يجب أن يجري القول في الخلع وكل طلاق لا تتعقبه رجعة بوقوع الزوج باختياره والله أعلم (مسئلة) اذا قلنا انه ينوئى في غير المدخول بها فانه يحلف انه ما أراد الا واحدة في البتة والبائنة والخلية والبرية قال سحنون وانما يحلف اذا أراد نكاحها وليس عليه بمن قبل ارادة النكاح ونحوه قال ابن الماجشون ووجه ذلك انه لا معنى ليمينه قبل ذلك الوقت وانما يحتاج اليه عند النكاح لما يريد من استباحتها فيحلف ليتوصل بذلك الى استباحتها والله أعلم

* ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك *

ص * مالك انه بلغه انه كتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من العراق أن رجلاً قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى عامله أن مره يوافيني بمكة في الموسم فيينا عمر يطوف بالبيت إذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذي أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استعلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت * ش قوله انه كتب الى عمر بن الخطاب من العراق على حسب ما يلزم من مطالعة رأى الامام العليم بما يقع للناس من المسائل التي لم يتقدم فيها قول أو تقدم فيها الخلاف وفيها اشكال ولم يقرر أحكامها بعد ولا توضح وجه الحكم فيها فكتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه من العراق في الرجل الذي قال لامرأته حبلك على غاربك وكتب عمر بن الخطاب الى عامله يأمره أن يوافيه في الموسم وهذا مما يجب

* وحدثني مالك عن ابن شهاب أن مروان بن الحكم كان يقضى في الذي يطلق امرأته البتة أنها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى في ذلك

* ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك *

* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أنه كتب الى عمر بن الخطاب من العراق أن رجلاً قال لامرأته حبلك على غاربك فكتب عمر بن الخطاب الى عامله أن مره يوافيني بمكة في الموسم فيينا عمر يطوف بالبيت إذ لقيه الرجل فسلم عليه فقال عمر من أنت فقال أنا الذي أمرت أن أجلب عليك فقال له عمر أسئلك برب هذه البنية ما أردت بقولك حبلك على غاربك فقال له الرجل لو استعلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب هو ما أردت

على المفتي والناظر في أمور المسامين أن يفعلوه إذا أشكلت عليه مسألة أن يشخص من نزلت به ويسأله ويناجيه عن فصولها والمعاني التي تتعلق بالحكم بها ويختلف باختلافها فانه أقرب له إلى أن يتبين من قوله ما يستعين به على فهم مسئلة أو يعظه ليقرر بجميعها ولا يكتف شياً منها ولعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه إنما وقت له الموسم لأنه أيسر على القاصد في وروده وانصرافه ويضيف إلى ذلك عمل الحج وتحصيل عبادة في الموسم أن تيسر ذلك له ولو أشخصه إلى موضع آخر لم يحصل له من ذلك ما يحصل لمن يقصد مكة ويحتمل أيضاً أنه قصد المبالغة في وعظه واستخبار جليلة ما عنده باستحلافه على ذلك عند البيت لما يتعين من تعظيم المسامين له

(فصل) وقوله فيينا عمر يطوف بالبيت اذلقه رجل فسلم عليه طاعته وامثالاً لأمره بان يوافيه في الموسم فلما أنكر عمر رضي الله عنه قصده أيامه بالسلام على وجه ما يفعله من قصده وأراد مكاملته واعلامه بنفسه قال له من أنت فأعلمه بأنه الرجل الذي أمر أن يوافيه في الموسم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه أسألك رب هذه البنية هكذار واه قوم البنية وهو اسم واقع على كل مبتنى لكنه خص البيت بالإشارة إليه كما قال ورب هذا البناء وروى رب هذه البنية على مثل فعلية قال ابن السكيت البنية السكبة يقال لا ورب هذه البنية ما كان كذا وكذا وقوله رضي الله عنه ما أردت بقولك حبلك على غاربك لما علم من تعظيم المسامين للبيت وصدق كثير ممن يستبجج الكذب في غير ذلك الموضع إذا استخلف فيه فقال الرجل لو استخلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك اخبار عن تعظيمه للقسم في هذا الموضع وانه يلتزم من البر في حلفه عنده ما يلتزم في غيره ولعله كان يمنعه من صدقه ندمه على الطلاق وفرط محبته لمن طلق ثم قال له أردت بها الفراق فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو ما أردت يريدانه ألزمه الفراق وحكم به عليه ولم يبين في الحديث مقدارا أهو طلاق واحدة رجعية أو طلاق واحدة لا رجعة فيها لأنه آخر ما بقي له فيها أو ثلاث تطليقات ولفظ الفرقة عند مالك ثلاث لا ينوي في المدخول بها رواه أشهب عن مالك في العتية قال فان لم يدخل بها فعسى أن تكون واحدة ولو ثبت عندى أن عمر رضي الله عنه قال ينوي ما خالفته وقد قال بعض أصحابنا العراقيين يحتمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه في التي لم يدخل بها ولم يذكروا في الحديث بنى بها ولم يبين فهو محتمل وهذا يقتضى أنه حمل قول عمر رضي الله عنه في الفرقة على أنها واحدة وقول مالك لو ثبت عندى أنه نواه ما خالفته يحتمل معنيين أحدهما أنه من أهل اللغة وهو أعلم بما يقتضيه هذا اللفظ فان كان هذا اللفظ يقتضى عنده أن ينوي لما خالفه العرب لأن العرب لا تخالف في اللغة لاسيما مع ما يقتضون بذلك من علم عمر رضي الله عنه ودينه وفقهه والمعنى الثاني أن يكون الأمر فيه بعض الاشكال ولا يرجح بين أن ينويه أو لا ينويه ويترجح عنده الآن أنه لا ينويه في المدخول بها فلو صح عنده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نواه في مثل هذه القصة التي قد شاعت لترجح عنده هذا القول وظاهر قصة عمر عندى يقتضى أنها كانت فمين لم يبق له الاطلاق واحدة أو فمين كان له فيها جميع الطلاق فألزم الثلاث وذلك مقتضى مذهب مالك فمين قال لا أمر أنه حبلك على غاربك ووجه ذلك أن الحبلى هو الذى كان بيد الزوج منها وذلك كناية عن عصمة الزوجة وملكه لها فاذا قال لها حبلك على غاربك فقد أقر بخروجها عن يده وكونه بيدها وذلك يقتضى أن يكون طلاقه لا رجعة فيه لأنه ان كان له فيها رجعة فليس حبلى على غاربها بل هو بيده ويرتجها متى شاء وخروج الملك من يد الزوج حين إيقاعه لا يكون الا بالثلاثة وبآخر الطلاق وقال أبو بكر

ابن الأنباري الغارب من البعير أسفل السنام وهو ما انحدر من العنق وقال أبو العباس كانت العرب في الجاهلية يطلقون نساءهم بهذا الكلام ومعناه أمرك في يدك فاصنع ما شئت فقد انقطع سببك من سبي

(فصل) وظاهر قول الرجل لو استخلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك يدل على البينونة وانقطاع ما بينهما ولو كان انما أُلزم طلاقه بعد ما رجعت كان التزامها أسهل عليه من أن يشخص من العراق يستخلف عند البيت عما أراد ويصرح عن نفسه بأنه لو استخلف في غير هذا الموضع ما صدق (فصل) وأما استخلاف عمر رضي الله عنه إياه فليس على معنى استخلاف من ينوي أنه ما أراد إلا واحدة لأن ذلك لا يستخلف الا إذا أراد رجوعها وانما استخلافه على معنى الاستخلاف للقرار بالحق فان أقر به أمضاه عليه باقراره وان أنكره وحلف على ذلك لم يرجع على يمينه ولا قضى بها ونظر الى ما يلزمه في صريح الحق ولذلك لم يجاب بالخالف بأنه أراد واحدة أو اثنتين وانما أجابه بأنه أراد الطلاق وقد يلزم المفتي أن يفعل مثل هذا بالمستفتي في الحلال والحرام أن يعظه ويذكره ويعظم عليه حقوق الله تعالى ومحارمه ليستدعي بذلك اقراره بالحق فان أقر بالحق سهل بذلك عليه طريق الفتوى وكان ذلك أقوى للمسئلة في نفسه وان تمادى على الانكار أفتى عليه بما يؤديه اليه اجتهاده والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت على حرام انها ثلاث تطليقات * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت الى في ذلك * ش قوله رضي الله عنه في الحرام انها ثلاث تطليقات هو قول زيد بن ثابت وقدر روى أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قضى بها في عدى بن قيس الكلبي وقال له والذي نفسي بيده لئن مسستها قبل أن تزوج غيرك لأرجنك وهذا الذي ذهب اليه مالك انها في المدخول بها ثلاث نوى واحدة أو ثلاثا وان زعم انه لم ينو طلاقا لم يصدق وقال الشافعي لا يكون طلاقا حتى ينوي الطلاق فيكون منه ما أراد من واحدة أو ثلاث وان أراد تحريمها من غير طلاق فعليه كفارة يمين وليس بمول والدليل على ما نقله أن هذا لفظ جرى عرف الاستعمال له على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقا أصل ذلك لفظ الطلاق ولا تجب به كفارة يمين لأنه لفظ مفسر عرا عن القرية واليمين فلم تجب به كفارة يمين أصل ذلك لفظ الطلاق ودليل آخر وهو أن هذا لفظ طلاق فلم تجب به كفارة يمين على الاطلاق وأصل ذلك لفظ الطلاق (مسئلة) فان قال نويت واحدة فقد تقدم من قول مالك أنه لا ينوي في المدخول بها ويلزمه الثلاث وقال الثوري والاوزاعي والشافعي ان نوى واحدة فهي واحدة والدليل على ما نقله أن الواحدة لا تحرمها بل له ارتجاعها وانما تحرمها الثلاث فاذا كان اللفظ الذي هو التحريم انما يقتضي معنى الثلاث حل على ذلك ولم يصدق في قوله أردت الواحدة وهي لا تحرمها وذلك أن لفظ التحريم انما يقتضي قطع العصمة وتحريم الزوجة بينهما وذلك لا يكون في المدخول بها الا بالثلاث ولذلك يقال في ذوات المحارم هي محرمة عليه وهي لا تحل له والمراد بذلك أنه لا يحل أن يكون بينهما زوجية بدل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في بنت أبي سلمة انها لم تكن ربيتي في حجري لم تحل لي انها لابنة أخي من الرضاغة أرضعتني واياها ثوبية ومما يدل على أن لفظ التحريم مقتضاه تحريم الزوجة أو تحريم عقد النكاح ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال في غير المدخول بها ان الطلقة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها فدل ذلك على أن معنى التحريم منع عقد النكاح وذلك لا يكون الا بالثلاث ولو أراد تحريم

* وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت على حرام انها ثلاث تطليقات قال مالك وهذا أحسن ما سمعت الى في ذلك

الوطء لكان معناه معنى البينونة الواقعة في غير المدخول بها بالطلاق الواحدة وقبروى مثل هذا عن أبي هريرة وابن عباس وهم من أهل اللسان فان قيل فانه يقال وطؤها عليه حرام والمطلقة الرجعية عنكم وطؤها حرام فيصح أن يريد بذلك بقوله أنت على حرام * فالجواب أن هذا غير صحيح لانه انما يقال وطؤها على حرام اذا عين الوطء وأما اذا علق التحريم عليها فلا يصح أن يراد به الا التحريم المعروف ولذلك لا يقال في الحائض والمحرم والصائمة هي من ذوى محارمه ولا هي عليه حرام ويقال وطؤها عليه حرام ووجه آخر وهو أن قوله أنت على حرام انما يقتضى انها حرام عليه حين نطقه بذلك والرجعية ليست بحرام لان استباحتها اليه ومن ملك استباحة شيء لم يوصف بأنه حرام عليه ولذلك لا يقال في الانسان ملك غيره حرام عليه لما كان أخذه مباحا له وان كان لا يملكه قبل أخذه ولا يصح أن يصف ناقته ولا شاته بأن لها محرم عليه وان كان لا يجوز له أن يأكلها الا بعد الذبح وأمره موقوف على اختياره وتوصف الميتة بأن لها محرام حرام عليه (فرع) فاذا قلنا ان لفظ التحريم يقتضى ذلك فانه يقتضى في ذوات المحارم التحريم المقرب لان معنى التحريم انما يقتضى تحريمها على الحال التي هي عليها يوم النطق به وهي عارية عن الزوجية فاقضى وصفها بأنها حرام تحريم عقد النكاح عليها واستباحتها لان بذلك تتميز بمن ليست بحرام ممن هي على صفتها في التعري من الزوجية وأما الزوجية فان اطلاق هذا اللفظ فيها يقتضى أحد أمرين إما أنه لا يحمل له عقد نكاح عليها وهذا يقتضى إيقاع الثلاث في المدخول بها وغيرها والثاني ان هذا التحريم متعلق بما أباحت الزوجية وما ملكته اياه من ملك العصمة والوطء وضررب الاستمتاع والتوارث بحق النسب ونبوت أحكام الزوجية من ملك الطلاق والظهار والايلاء واللعان والرجعة ووجوب النفقة عليها وهذا يحصل في غير المدخول بها بالواحدة وأما في المدخول بها فلا يحصل ذلك الا بإيقاع ما يملك فيها من الطلاق ولا يصح أن يراد بذلك تحريم الوطء لما قدمناه من أنه لا يوصف بالتحريم ما يملك استباحته متى شاء ويعتجل أن يصرف هذا اللفظ الى ذلك الآن هذا أظهر فيما ذكرناه واذا كان فيه أظهر وجب أن يعمل عليه لاسيما اذا قال لم أبق عددا من الطلاق (فرع) وأما غير المدخول بها فان مالكا ينويه وقوله أردت واحدة ويعمله على الثلاث اذا لم ينو عددا لانها تحرم بالواحدة بخلاف المدخول بها وهذا على ما تقدم من أن تعليق التحريم عليها انما ينصرف الى تحريم ما استباحه بالنكاح منها وذلك يكون في غير المدخول بها بالطلاق الواحدة وقد رأيت لبعض أصحابنا ان الحرام في غير المدخول بها لا يكون ثلاثا ولا ينوي في ذلك كالمدخول بها وعلى هذا يعمل قوله أنت على حرام على انه يقتضى أن تحريم عقد النكاح عليها كتحريم ذوات المحارم فيلزم هذا التحريم بالقول وبزول بدخول الزوج بعده ولا يزول تحريم ذوات المحارم لانه ثابت بالشرع فعلى هذا يلزم في غير المدخول بها الثلاث وان زعم انه نوى واحدة لان التحريم الذي يلزم بالطلاق الثلاث ليس هو التحريم الذي يلزم بالواحدة في غير المدخول بها لان ذلك تحريم يزيله عقد النكاح وتحريم الثلاث لا يزيله عقد النكاح وان كانت خالية من زوج (فرع) فاذا قلنا ينوي في غير المدخول بها ولا ينوي في المدخول بها فلو حلف قبل البناء وحنت بعده في كتاب ابن سحنون من حلف بالخلال عليه حرام قبل البناء وحنت بعده ونوى واحدة وقامت بينه بالحنث بعد البناء لا ينوي لانه يوم الحنث ممن لا ينوي ووجه ذلك أن الممين انما تنعقد ويقع الطلاق بها يوم الحنث فيجب أن يراعى صفة ما يلزمه من الطلاق ذلك اليوم قال ابن سحنون وقد قال بعض أصحابنا الآن تعلم ذلك منه البينة قبل البناء فلا يلزمه الاطلاق وله الرجعة وقال

سعدون اذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخلية أو البرية ثم حنث بعد البناء فقال نويت واحدة فله ذلك وله الرجعة ووجهه ان الاعتبار باليمين يوم أوفعت لا يوم الحنث بدليل انه ان كان يوم اليمين بصفة من لا يلزمه اليمين لم يلزمه يمينه وان كان يوم الحنث بصفة من تلزمه ولو كان يوم اليمين بصفة من تلزمه الايمان وكان يوم الحنث بصفة من لا تلزمه اليمين لذهب عقله أو غيره لزمته اليمين ص $\frac{1}{2}$ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول في الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما $\frac{1}{2}$ ش قوله رضى الله عنه في الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات هذا المشهور من مذهب مالك رحمه الله وبه قال علي بن أبي طالب وعائشة وابن عمرو زيد بن ثابت رضى الله عنهم ولم ينوهم مالك في المدخول بها وقدرى أبو الفرج عن أشهب عن مالك في الخلية والبرية انه ينوى في المدخول بها وقال الشافعي هي مانوى أقل من ثلاثة فهي رجعية وهو بخور رواية أشهب وقال أبو حنيفة في الخلية والبرية والبائن اذا أراد طلاقاً فواحدة بائن والدليل على ما نقوله من لزوم الثلاث ان معنى الخلية التي خلت من الأزواج ولذلك لا يستعمل في الرجعية لان الرجعية ذات زوج وكذلك معنى البرية هي التي برئت من عصمة الزوجية لان كلام الزوج راجع الى ذلك لانه لم يطلبها بدين فراجع قوله برية اليه واذا كان مقتضى اللفظ ازالة العصمة وذلك لا يكون في المدخول بها الا بالثلاث وجب أن يحمل عليه ووجه قول أشهب أن يريد بقوله خلية وبرية انها قد خلت من الزوجية التي تملك بعد النكاح وبرئت منها لانه اليوم لا يملك منها ما كان يملكه بالزوجية مع أن هذا اللفظ جار الى بينونة بانقضاء العدة فاذا احتمل ذلك جاز أن يحمل عليه ويصدق فيه وهذا بعيد في معنى اللفظ أن المطلقة الرجعية لم تبين عن عصمة الزوج لانه يملك اجبارها على الزوجية وأحكام الزوجية كلها ثابتة بينهما واذا قلنا برواية أشهب يحتمل أن يريد به واحدة بائنة ويحتمل أن يريد به رجعية والأظهر من معنى اللفظ أن تكون بائنة لان الرجعية لم تبرأ من الزوجية ولا خلت منها وقد اختلف أصحابنا في وقوع الواحدة البائنة في المدخول بها فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الذي يقول لامرأته أنت طالق طلاق الخلع انها واحدة بائنة وكذلك ان قال خالعت امرأتى أو بارأتها أو افتدت منى وكذلك ان قال صالحت امرأتى أخذ منها عوضاً ولم يأخذ فهي طلاق بائنة أو هي مبارئة وقال مطرف في الذي يقول لها أنت طالق طلاق الصلح هي طلاق رجعية ولا يكون طلاق الصلح الا بعطية وقال ابن الماجشون هي البتة وبه قال أشهب وسعدون فوجه القول بأنها واحدة بائنة انه وصف الطلاق بصفة يقع الطلاق عليها منه واحدة بائنة بأن أضافه الى خلع أو صلح أو مفاداة أو مبارأة لما استعمل في ذلك لفظ المفاعلة التي ظاهرها أن تكون من اثنين فكأنه أبرأها من عصمتها أبرأته من حقوقها عليه وما كان بهذه الصفة يكون طلاقاً بائنة فكذلك ما وصف لها فجعل هذا الحكم لنفس الطلاق على هذا الوجه لا للعوض في الصلح والخلع ووجه قول مطرف انه لما كان هذا النوع كله من الفرق انما يقتضى باطلاقة واحدة ووصف به طلاقاً اقتضى طلاقاً واحدة فأمنع الرجعة في الخلع والصلح وما أشبههما فانما كان للعوض الذي أخذ فلما عر هذا الطلاق من العوض لم يمنع الرجعة ووجه قول ابن الماجشون ان ما وصف به طلاقاً اقتضى البينونة ومنع الرجعة ولما كان ذلك لا يحصل الا بالثلاث حصل طلاقه على الثلاث (فرع) وما قدمناه من الخلاف يثبت في باريت ولم يذكر أحد من أصحابنا في برية الا الرواية التي ذكرناها عن أشهب ويحتمل أن تلحق برية على هذه الرواية بما قدمناه ويحتمل أن يفرق بينهما بأن باريت فيه معنى الصلح وأما برية فليس فيه معنى

* وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول في الخلية والبرية انها ثلاث تطليقات كل واحدة منهما

الصلح الذي يثبت البينونة مع الواحدة وانما يقتضي أن تكون واحدة رجعية أو ثلاثة تمنع الرجعة باستيفاء عدد الطلاق (مسئلة) وأما قوله خليت فان قال لم أرد طلاقا استخلف على ذلك وقبل منه ومنع هذا في خليت سبيلك لان استعمال هذا في غير الطلاق أكثر من خليت سبيلك قاله ابن المواز وان قال أردت الطلاق ولم ينوشيا فقال ابن حبيب هي مثل خليت سبيلك وفارقتك وسرحتك ثلاثا في المدخول بها حتى ينوي أقل من ذلك فيحلف وقاله محمد بن المواز وقال ان لم تكن له نية أو لم يحلف فهي ثلاث ووجه ذلك ان معنى اللفظ يقتضي ما قاله من أن يكون قد دخل سبيلها الذي كان له عليها والرجعية لم يدخل سبيلها بل هي في حكمه بأنه قد دخل سبيلها (فرق) والفرق على هذا القول بينهما وبين حرام وبأن وبته وبتلة وخليه وبرية وان كان المعنى واحدا الآن استعمال هذه الالفاظ في غير الطلاق وفي الطلقة الواحدة على ضرب من الاتساع في الكلام أكثر من استعمال الحرام والباحث والبرية والخلية فيه فان هذه الالفاظ مع اقتضاها معنى الثلاث لا تكاد تستعمل الاعلى هذا الوجه وللاستعمال تأثير في تحقيق معاني الالفاظ كماله تأثير في اقتضاء الالفاظ غير ما وضعت له من المعاني وهذا على المشهور من قول مالك وأما على رواية أبي الفرج عن أشهب انه ينويه في الخلية والبرية فلا فرق بينهما والله أعلم (مسئلة) وأما قوله فارقتك فان قال لم أرد طلاقا فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ذلك له ويحلف ووجه ذلك ان هذا اللفظ يستعمل كثيرا ويردد في المفارقة الى السفر والخروج والدخول وغير ذلك فجاز أن يحمل عليه اذا ادعاه ولذلك قال محمد بن المواز فيما يشبه هذا ما لم يكن جوابا لسؤالها الطلاق (فرع) فأما ان قال أردت الطلاق بقولي فان شك فقد روى ابن المواز عن مالك انه ينوي في المدخول بها فان لم تكن له نية فهي ثلاث وفي غير المدخول بها ان لم يكن له نية فهي واحدة روى عيسى عن ابن القاسم وروى ابن المواز عن مالك أيضا انها ثلاث ان لم ينوشيا وجه القول الأول ما احتج به مالك في المدونة من قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلام من سعته وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ولا خلاف انه انما أراد المفارقة بالواحدة بهما اللفظ بل لا يجوز أن يريد الثلاث لانها ليست من المفارقة بالمعروف ووجه القول الثاني أن لفظ المفارقة يقتضي البينونة قال الله تعالى وماتفرقا الذين أتوا الكتاب الامن بعد ما جاءتهم البينة والرجعية لا تصح منها هذه الفرقة لانها لا تملك مفارقة الزوج (فرع) فاذا قلنا ينوي في المدخول بها فانه ان لم ينوشيا كانت ثلاثا وانما فرق بين الدخول وبين غيره ان لم ينوشيا فجعلها واحدة في غير المدخول بها وثلاثا في المدخول بها لما تقدم من أن للدخول تأثيرا في تغليظ الطلاق لما قلناه من أن معنى الفرقة يوجد في غير المدخول بها واحدة ولا يوجد في المدخول بها الا الثلاث وقد روى أشهب في سرحتك مثل هذا وانها واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك وقال انه القياس (مسئلة) وأما قوله سرحتك فان قال لم أرد به الطلاق فقد روى ابن المواز انه يقبل منه ويحلف الا أن يكون ذلك جوابا لسؤالها الطلاق ووجه ذلك ما قدمناه في فارقتك وان قال أردت الطلاق واحدة فقد روى عن أشهب انه قال له نية ويحلف وقال هي واحدة حتى يريد أكثر من ذلك وهذا يقتضي تصديقه دون يمين وروى عنه انه قال هي ثلاث ولا ينوي وجه القول الأول انه لما كان اللفظ قد يستعمل في الواحدة ومعناه يقتضي الثلاث في المدخول بها قبل منه انه نوى ما قد يستعمل فيه واحلف انه لم يرد ما يقتضيه اللفظ ووجه القول الثاني انه لما كان اللفظ يستعمل في الواحدة وفي الثلاث كان كلف الطلاق يقبل منه ما دعاه من ذلك ووجه القول الثالث ان معنى التسريح الطلاق ولذلك يقال سرحت الدابة اذا

أزلت عنها ما يمنعها الذهاب فكذلك في الزوجة يقتضي انك أزلت عنها ما يمنعها التصرف على اختيارها ويقتضي ذلك أن لا يملك صرفها إلى الزوجة وهذا المعنى معدوم في الرجعية فعمل على الثلاث فان قيل هذا يلزمكم في لفظ الطلاق فانه يفهم منه اطلاق الزوجة من حكم الزوجية وهذا لا يصح مع بقاء الرجعة فالجواب اننا لانسلم ان معنى التطليق يقتضي ذلك لأن لفظ الطلاق موضوع لهذا المعنى وليس مأخوذة من الاطلاق ولا من الانطلاق وانما وضعت لهذا المعنى على وجه يحتمل عندنا الطلقة الواحدة وأكثر منها ولذلك لا يختلف انها صريح في الطلاق عندنا على أحد الوجهين وعند أبي حنيفة انه لا صريح غيرها وقال أبو حنيفة انه ان نوى بها الثلاث لم تكن له الا واحدة بخلاف غيرها من ألفاظ الطلاق وعند أبي حنيفة والشافعي ان خلية وبرية وبائنا وحرأما من كناية الطلاق وهذا يفيد انها منقولة إلى الطلاق عما وضعت له فوجب أن يعتبر فيها المعنى الذي وضعت له من التحريم والبيونة والابراء والخلو وذلك كله يقتضي زوال الملك فلا يلزمنا ما قلتم (فرع) فاذا قلنا في سرحتك انها واحدة ان نوى فان لم ينوشأ فقد قال أشهب هي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم انها في المدخول بها ثلاث حتى ينوي أقل من ذلك فله نيته ويحلف وفي التي لم يبين بها واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك وقاله مالك وجه قول أشهب أنه طلاق يصح أن يكون واحدة مع البتة فوجب أن تكون واحدة دون البتة أصل ذلك ما قبل الدخول ووجه قول ابن القاسم ما تقدم في قوله فارقتك وقدر روى عن ابن القاسم انه قال في سرحتك بعض الضعف والقياس أن ذلك كله سواء هي واحدة في ذلك كله حتى يبدأ أكثر (مسئلة) وأما قوله خليت سبيك فقد روى ابن القاسم انه ان قال لم أرد طلاقا لم يقبل ذلك منه بخلاف فارقتك وخليت فانه يقبل منه انه لم يرد طلاقا والفرق بينهما ان خليت سبيك لا يكاد يستعمل الا في الطلاق ولو كان قبله ما يقتضيه لوجب أن يقبل منه فان قال أردت الطلاق ولم أؤعدا فقد روى ابن وهب عن مالك هي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك وبه قال ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم انها ثلاث وبه أخذ أصبغ وابن المواز وجه رواية ابن وهب انه لفظ يستعمل في الطلاق وليس منه ما يقتضي قطع العصمة فاقتضى طلقة واحدة كقوله طلقتك وجه رواية ابن القاسم ان تخلية السبيل انما تستعمل على معنى اطراح العصمة وترك الامساك بشئ منها فاقتضى الثلاث اطلاقه كقولك حبلك على غاربك (فرع) فاذا قال أردت واحدة فبجي على رواية ابن وهب انه يصدق دون عين ويجي على رواية ابن القاسم عن مالك له نيته ويحلف ووجه ما تقدم

(فصل) وقوله انها ثلاث تطليقات كل واحدة منها ثلاثين ظان ان الثلاث انما تقع لتكرر الألفاظ ولا يكون ذلك مقتضى كل لفظ منها فبين أن مقتضى كل لفظ ما ذكره ص مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة ش قوله انه قال لأهلها شأنكم بها يريد انه قال ذلك على وجه المغاضبة أو طلب الطلاق منه أو ما يقتضي أن يفهم منه الطلاق وأما تقدمت قبل ذلك رغبتهم اليه في أن تبيت عندهم أو تسافر معهم فقال لهم شأنكم بها وقال لم أرد بذلك الا اباحتها ما لم تكن عليه شئ قال أشهب وأما اذا قال ذلك على ما قدمناه وقال لم أرد طلاقا لم يقبل منه لان هذا من الألفاظ التي جرت العادة باستعمالها في الطلاق فاذا وقع على وجه يفهم منه ذلك حمل عليه (مسئلة) وان قال نويت الطلاق فقد روى ابن القاسم عن مالك انها واحدة الا أن يبدأ أكثر من ذلك في غير المدخول بها فانها

* وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أن رجلا كانت تحته وليدة لقوم فقال لأهلها شأنكم بها فرأى الناس انها تطليقة واحدة

ثلاث ولا ينفقه كمال وقال وهبتكم اياها وقال ابن حبيب انه حل حديث القاسم على غير المدخول بها ولذلك رأى أهل العلم أنها تطليقة وفي المدينة أن مالكاً قال لا يعجبني ذلك يريد حديث القاسم قال مالك وأراها التي قد دخل بها وان لم يدخل بها فهو بين أنه ليست الا واحدة اذا لم تكن له نية وقال ابن حبيب وأصبح هي ثلاث بنى بها أو لم يبن بها الا أن ينوي واحدة كالموهوبة ورواه أشهب وابن وهب عن مالك ووجه ذلك على ما تقدم (فرق) و فرق أشهب بين أن يقول لأهلها شأنكم بها وبين أن يقول لها شأنك بأهلك فاذا قال لأهلها شأنكم بها فانه لا ينوي واذا قال لها شأنك بأهلك نوى وروى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك سواء ينوي في التي لم يبن بها ولا ينوي في المدخول بها * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويجب عندى أن يدخل في هذه المسئلة من الخلاف مثل ما تقدم في خليت سبيك وقوله خليت سبيك يجب أن يكون أشد وكذلك حكم الحق بأهلك يجب أن يجري على هذا وقد روى عن مالك انه قال ينوي في الحق بأهلك ويحلف وأما اذا قال لها أنت رد على أهلك أو وهبتك لأهلك أو وهبتك لأبيك ففي المدينة من رواية عبد الرحمن بن دينار عن محمد بن يحيى النسائي عن مالك انها ثلاث في المدخول بها و واحدة في التي لم يدخل بها قال ابن كنانة قبلها أبوها أو لم يقبلها ووجه ذلك ان الطلاق من قبل الزوج فاذا وجد منه لفظ يقتضى الطلاق وليس فيه استثناء مشيئة لأب لم يراع في ذلك مشيئة الأب ص * مالك انه سمع ابن شهاب يقول في الرجل يقول لامرأته برئت منى وبرئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة * ش قوله في الرجل يقول لامرأته برئت منى وبرئت منك انها ثلاث تطليقات (مسئلتان * احدهما) أن لفظ البراءة يقتضى الثلاث لانه به تقع براءتهما من الزوجية وقد تقدم ذكره * والثانية أن اضافة الطلاق الى الزوج أو الى الزوجة سواء فاذا قال لها برئت منى وبرئت منك فهو سواء وكذلك لو قال لها أنت منى بائن أو أنت حرام أو أنا عليك حرام وكذلك لو قال لها أنا منك طالق أو أنت منى طالق سواء أضاف الطلاق الى الزوج أو الى الزوجة وقال أبو حنيفة ان اضافة الطلاق الى الزوج بلفظ الطلاق لا يقع به الطلاق وذلك اذا قال لها أنا منك طالق والدليل على ما نقله انها جهة لو أضاف اليها الطلاق بلفظ البيونة ثبت حكمه بكهنة الزوجة ص * قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو بريئة أو بائة انها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها ويدين في التي لم يدخل بها أو واحدة أراد أم ثلاثاً فان قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطباً من الخطاب لأنه لا يخلى المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها يخليها ويبرئها وتبينها الواحدة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك * ش قدمضى الكلام في الخلية والبرية وحكم البائن حكم الخلية والبرية وقد قال مالك انها ثلاث في التي دخل بها ولا يدين وذلك انه ان أراد واحدة لم يقبل منه وانما يدين ويقبل قوله في التي لم يدخل بها فان قال أردت واحدة أو اثنتين قبل ذلك منه وان حلف انه أراد بقوله أنت بائن لا ادعاء من ذلك وكان خاطباً من الخطاب وفي ذلك اشارة الى انه انما يحلف اذا أراد النكاح ولو حلف عند طلاقه لم يقبل فيه خاطب من الخطاب وانما يقال فيه انه رجل أجنبى وقد تقدم من قول ابن الماجشون وسحنون انه عند ارادته للنكاح

(فصل) وقوله لانه لا يخلى المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها يخليها ويبرئها ويبينها الواحدة يقتضى قوله هذا أن المراد بقوله البيونة والاخلاء أن لا يكون له عليها رجعة سواء كان ذلك ثلاثاً أو واحدة ويحتمل أن يريد به قطع العصمة بالنية ولما

* وحديثي عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول في الرجل يقول لامرأته برئت منى وبرئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة * قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو بريئة أو بائة انها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها ويدين في التي لم يدخل بها أو واحدة أراد أم ثلاثاً فان قال واحدة أحلف على ذلك وكان خاطباً من الخطاب لأنه لا يخلى المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها الثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها تخليها وتبرئها وتبينها الواحدة قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك

كان عدم الرجعة لا يصح في المدخول بها بدون الثلاث حل على الثلاث ولم يحمل قوله على واحدة وان ادعاها لان لفظه لا يصح استعماله في الواحدة في حق المدخول بها وأما غير المدخول بها فانه يحتمل أن يريد به قطع العصمة وذلك لا يكون الا بالثلاث ويحتمل أن يريد به طلاقا لا يتعقبه رجعة وان لم يقطع العصمة لكنه لما كان أظهر من جهة اللفظ في قطع العصمة حل عليه ان لم يكن له نية فان ادعى نية استخلف على انه أراد ما يستعمل فيه هذا اللفظ وان كان في غيره أظهر والله أعلم ويحب على هذا انه اذا قال في الخلع طلقك بائنة أنه يقبل منه انه أراد واحدة في المدخول بها ويستخلف على ذلك ان أراد ابتداء نكاحها لان امتناع الرجعة يوجد في طلقه (مسئلة) فهذا مقتضى قول مالك في البائن والخلية والبرية والبائن في كلام العرب يستعمل بمعنى البعيد فيقال بان فلان من ذلك ويستعمل بمعنى الابانة بالقطع يقال ضرب به فابان يده اذا قطعها فلم يبق شيئا منها وعلى أي الوجهين حملنا البينونة في الطلاق اقتضى ذلك ابطال الرجعة والمنع من ابتداء النكاح وذلك ان بعدها عنه لا يريد به تقارب أجسامها وما واما ما يريد به بعدها عن عصمتها وزوجيته فهو أظهر في انقطاع العصمة وان كان يحتمل أن يريد به بعدها عما كانت عليه وذلك لا يكون الا بان لا تكون له عليها رجعة فهي قريب مما كانت عليه وان قلنا ان معناه القطع فانه أيضا لا يوجد هذا المعنى الا بانقطاع الرجعة أو بانقطاع العصمة وأما الرجعية فان الاتصال بينها موجود فاذا أبانها ثم ادعى الرجعية لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما من نوى الطلاق ولم يلفظ بشئ جلة فلا يخاف أن يقتصر به كتابة أو اشارة أو لا يقتصر به شيء فان اقترنت به كتابة وذلك أن ينوى ايقاع الطلاق بكتابة فانها طالق بذلك وقال عطاء ومن كتب الطلاق ولم يلفظ بشئ فليس بطلاق والدليل على صحته ما نقوله ان الكلام هو المعنى القائم بالنفس واظهاره بالكتابة كاظهاره بالنطق كلفظه بالتوحيد يكتبه من لا يقدر على الكلام فانه يقضى له به (فرع) واذا كتب الطلاق على غير عزم فله تركه ما لم يخرج به عن يده أو شهد عليه فان أخرجه عن يده على وجه الارسال به الى الزوجة فهو انفاذ له كالأشهاد به وسواء كتب أنت طالق أو اذا جاءك كتابي فانت طالق قاله مالك (فرع) فاذا كتب ولم يشهد به ولم يخرج به عن يده فان له رده ويحلف انه ما أراد انفاذ الطلاق ووجه ذلك انه يكتبه على وجه الارتباب فيه أو على وجه التهديد فيحلف لما احتمل انه لم يكتبه الا على وجه الطلاق (مسئلة) وان نوى الطلاق وأشار به لزمه الطلاق (فرق) ولا فرق بين اظهاره بالكتابة أو اظهاره بالنطق سواء أشار بيده أو رأسه قال مالك واحتج في ذلك بقوله تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا ولان طلاق الأخرس انما يكون بالاشارة ووجه آخر وهو ان الاشارة عبارة عما نواه منه كالنطق (مسئلة) فان لم يقتصر به كتابة ولا اشارة ففي كتاب ابن المواز عن مالك من طلق ثلاثا على ذلك فلا شيء عليه وروى أشهب عن مالك في العتبية يلزمه ذلك قال ابن عبد الحكم وليس بشئ وجه الرواية الاولى ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال وانما الامر ما نوى وهذا قد نوى الطلاق فوجب أن يكون له ووجه ثان وهو ان ألفاظ الطلاق اذا لم يرد بها طلاقا لا يكون طلاقا وانما يقع عليه الطلاق لاننا لنعلم صدقه في انه لم يرد الطلاق فعمله على مقتضى لفظه وقد أجمعنا على انه اذا أراد بها الطلاق وقع بها الطلاق فدل ذلك على ان الاعتبار بالنية دون اللفظ ووجه الرواية الثانية ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به ومن جهة المعنى ان النية بمجرد ادائها لا تقوم مقام القول والعمل وان اقتصر القول والعمل الى نية كالصلاة وتكبيره الاحرام والقراءة

وغير ذلك من الأقوال والأفعال والعبادات (مسئلة) ومن قال لامرأته كلى واشربى من الألفاظ التي لا تستعمل في الطلاق حقيقة ولا مجازا فقد قال مالك يلزمه الطلاق وقال أبو حنيفة والشافعي لا يلزمه طلاق وقال بعض أصحابنا إن هذا مبني على أن مجرد النية يقع به الطلاق ومذهب ابن القاسم يقتضي أنه لا يقع الطلاق في هذه المسئلة بمجرد النية وإنما يقع بمقارن النية من اللفظ ولذلك روى عن مالك فممن أراد أن يقول أنت طالق فقال كلى أو اشربى أنه لا يلزمه شيء وإن كان قد وجدت النية ومعنى هذه المسئلة أنه قد وجد منه لفظ قصد به إلى إيقاع الطلاق فلزمه الطلاق أصل ذلك إذا تلفظ بكنايات الطلاق

﴿ ما يبين من التملك ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن رجلا جاء إلى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن اني جعلت امرأتي في يديها فطلقت نفسها فماذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر أنا أفعل أنت الذي فعلته ﴿ ش التملك المذكور هو أن يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها وذلك بأن يقول لها قد ملكتك أمرك أو يقول لها أمرك بيدك وفي كتاب ابن المواز وكذلك قوله قد ملكتك وإن لم يقل أمرك ولا نفسك وكذلك قوله طلاقك اليك أو بيدك قال ابن القاسم أو قال لها أمرك بيدك إن شئت أو أنت طالق إذا شئت فهذا كله تملك محض ويشبه أن يكون هذا السائل الذي سأل ابن عمر رضى الله عنه قال لامرأته أمرك بيدك لأن ذلك مقتضى قوله جعلت امرأتي في يديها

(فصل) وقوله فطلقت نفسها يقتضى أنها جاوبته تقول طلقت نفسي إلا أن المشهور من المذهب أن المرأة تسئل عما أرادت بقولها طلقت نفسي وقد روى عن ابن القاسم لا تسئل وهي واحدة في التملك قال محمد وهو أحب إلى وجه القول الأول أنها تسئل لثلاث دعوى أكثر من واحدة فتناكر أو تمضى ووجه القول الثاني أنها إن ادعت أكثر من واحدة لم يقبل قولها لأن اللفظ كثير ما يستعمل في الطلقة الواحدة فإذا أطلقت هذا اللفظ الذي يستعمل غالبا في الواحدة لم تقبل دعواها أنها أرادت أكثر من واحدة لأن ذلك استتفاف دعوى منها كما لو قالت طلقت نفسي واحدة ثم قالت أردت أكثر من ذلك أو أزيد الآن على ذلك (فرع) وهكذا كل لفظ لا يستدل به على الثلاث لأنه يحتمل غيره فإن المرأة تسئل عما أرادت بذلك قاله ابن القاسم وقد تقدم الخلاف في ذلك بما يغني عن أعادته وقد روى ابن حبيب عن ابن القاسم في المملكة تقول قد طلقك هي واحدة إلا أن تريد المرأة أكثر من ذلك كقول الرجل لها ذلك فثبت القولان لابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وأما إن قالت قبلت نفسي أو اخترت نفسي أو طلقت نفسي ثلاثا أو بنت منك أو حرمت عليك أو برئت منك فإنه محمول على الثلاث ولا تسئل المرأة عما أرادت بذلك لأنها لو قالت أردت أقل من ثلاثة في المدخول به لم تصدق فيه رواه ابن القاسم عن مالك وهذا في اللفظ الذي لا يحتمل إلا الطلاق وكذلك قولها أنا منك خلية أو برة أو بآن وأنا عليك حرام وهذه الألفاظ كلها قد تقدم القول فيها فأما قبلت نفسي وحلها على الثلاث فإنه محل ذلك على أن قبولها لنفسها قبولها لملك نفسها وذلك لا يكون إلا واحدة قبل البناء أو بثلاث بعد البناء فلذلك محل من قولها على الثلاث فلم تصدق بعد البناء على أنها أرادت به واحدة وقد روى ابن المواز عن أشهب أن لها تفسير ذلك بالواحدة بمنزلة قبلت أمري ولا يراه طلاقا

﴿ ما يبين من التملك ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن رجلا جاء إلى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن اني جعلت امرأتي في يديها فطلقت نفسها فماذا ترى فقال عبد الله بن عمر أراه كما قالت فقال الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن فقال ابن عمر أنا أفعل أنت الذي فعلته

حتى توقف ولم يره مثل أخذت نفسى (مسئلة) وهذا اذا لم يكن ملكها على عوض فان ملكها على عوض أعطته اياه فى المبسوط من قول مالك ان قالت له برئت منك انها واحدة لانه خلع وهي مثل التي لم يبين بها فان اراد ان ينكحها نكاحا جديدا أحلف بالله ما وليتها من أمرها الا واحدة وانما معنى ذلك انه ملكها بلفظ محتمل وناكرها فتكون بائنة لاجل العوض (مسئلة) فان قالت خليت سبيك فى كتاب ابن حبيب عن ابن القاسم ان قولها له قد خليت سبيك أو فارقتك كقوله ذلك لها لان ابتداء ذلك منه يحتمل على طلاق السنة وهي واحدة حتى يريد أكثر من ذلك وأما هي فملكة فكانت اجابته عن الفراق فهو على البتات حتى يريد واحدة والخلاف بينهما فى الأصل وذلك ان ابن القاسم يرى فى الزوج بقول الزوج وجته خليت سبيك هي ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك فعلى هذا لا فرق بين أن يقول ذلك الزوج لها أو تقول له الزوجة للزوج وقول أصبغ مبنى على رواية ابن وهب عن مالك ان قول الزوج للزوجة خليت سبيك واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك فلذلك أمكن أن يفرق بين قول الزوج والزوج والزوج وانما فرق بينهما مع هذا الأصل بان الزوج ملك الطلاق بالشرع فكان له أن يوقع منه ما شاء بل هو ما مور أن يفرقه واللفظ لا يخالف ذلك فلذلك قبل منه أردت واحدة وأما المرأة فان الزوج ملكها ولم يستثن قليلا من كثير فكان الظاهر انه ملكها جميع الطلاق ولذلك يستعمل ان ناكرا فلما جاوبته بالفرقة كان مقتضى ذلك ايقاع جميع ما ملكها اياه (مسئلة) فأما ان كان لفظ يحتمل الطلاق وغيره مثل أن تقول قبلت أمرى فان قالت أردت به قبلت ما جعل لي من التملك أو الخيار قبل ذلك منها ثم قيل لها طلق بعد ذلك أو ردى وان قالت أردت بقولى قبلت أمرى الطلاق سئلت ما أردت من الطلاق فيحتاج فى هذا الى سؤالين لما كان اللفظ محتملا للطلاق وغيره ثم تسئل مرة أخرى عن قدر ما أردت من الطلاق لان ما تلفظت به يحتمل من الطلاق الواحدة أو أكثر (مسئلة) فان قالت قد قبلت لم ترد على ذلك ثم قالت بعد الافتراق من المجلس لم أرد الا الآن أنظر وأستخير كان لها أن تقضى الآن بواحدة فتزومه أو بأكثر من ذلك فيكون لها المناكرة لان لفظ قبلت محتمل (فرع) فان قالت بعد الافتراق لم أرد شيئا لم يقبل (مسئلة) وسواء أضافت الطلاق اليها أو اليه فقالت طلقت نفسى أو طلقتك أو بنت نفسى أو ابنتك لان اضافة الطلاق الى جهة الزوج كاضافته الى جهة الزوجة كما لو أوقعه الزوج (فصل) وقول ابن عمر رضى الله عنه أراه كما قالت يريد أن ما قالت يلزمه على حسب ما أبورده هو لكن ذكر أن جعل أمر امرأته بيدها وهذا تملك محض ثم ذكر أنها طلقت نفسها وهذا أقل ما يلزمه بطلقة واحدة ولعل السائل والمسؤل قد جرى منهما ما فهم به هذا المعنى وقال الشافعى التخيير والتمليك بهذا اللفظ دون لفظ الطلاق وليس بشئ الا أن ينوى به الزوج الطلاق فيكون ما نوى منه وان لم يرد به الطلاق وقالت هي قبلت نفسى أو اخترت نفسى فليس بشئ وهذا القول لم يتقدم فيه سلف وهو مبنى على قوله أن قول الزوج قد ملكتك أمرى وأمرى بيدك من كنايات الطلاق وكذلك قولها قبلت نفسى من كناياته من جهتها فاذا قال جميعا أردنا به الطلاق وقع الطلاق وان قال أحدهما لم أرد بقولى طلاقا فليس بطلاق وان قال الآخر أردت الطلاق وقدمضى الكلام على كنايات الطلاق بما يغنى عن اعادته (مسئلة) وهذا اذا كانت المملكة ثيبا محجورا عليها أو غير محجور عليها لان الحبر لا تأثير له فى الطلاق ولذلك ينفذ طلاق السفية المحجور عليه وكذلك اذا كانت بكر بالغ لان البكر البالغ يلزمه طلاقها وأما الصغيرة فى الموازية قال أشهب وعبد الملك

في الصغيرة تخير فتختار نفسها ذلك لها وقال ذلك لها اذ بلغت في حالها قال ابن القاسم يريد بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذ بلغت مبلغا تعرف ماملكت أو يوطأ مثلها فذلك لازم وقال عبد الملك في المجموعة عن المغمورة بخيرها زوجها وهي مفيدة فتختار نفسها وهي مغمورة أن قضاءها غير جائز ولو خيرها مغمورة فاختارت نفسها جاز قضاؤها وكذلك لو ملك صبياً أمر أمراته جاز ما قضى به عليه أن كان يعقل ما جعل اليه وما يجيب به قال ابن سحنون عن أبيه وكذلك إذا جعل أمرها بيد أمرأة أو ذمى

(فصل) وقول الرجل لا تفعل يا أبا عبد الرحمن على سبيل الكراهية لما أفتاه به والحرص على أن يعيد نظر العله بخالف ما قدر آه فقال عبد الله بن عمر أنا فعلته أنت فعلته يريد بذلك لا صنع لي في ذلك وإنما قولك وعملك أدى إلى ما أفتيتك به لأن الفتوى إنما هي بحسب سؤال السائل وما يقوم له من القول والعمل ص **✽** مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول إذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت إلا أن ينكر عليها فيقول لم أرد إلا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملاًك بها ما كانت في عديتها **✽** ش قوله رضي الله عنه إذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت لا يخلو أن تكون المرأة مكلفة أو غير مكلفة فإن كانت مكلفة لمزمه ما قضت به وإن كانت غير مكلفة فلا يخلو أن تعقل لتملك أو لا تعقله فإن عقلته في الموازية عن مالك في الذي يخير زوجته قبل أن تبلغ وقبل لبناء فاختارت نفسها فهو طلاق قال ابن القاسم يريد اذ بلغت حد الوطء وروى عيسى عن ابن القاسم اذ بلغت مبلغا تعرف ماملكت قال عبد الملك وسحنون وكذلك لو جعل أمرها بيد صبي (مسألة) ومن خير أمراته وهي مغمورة جاز قضاؤها عليه لأنه رضي بذلك لنفسه ولو كانت مفيدة ثم أصابها ذلك لم يلزمه قضاؤها قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك أنه إنما رضي قضاءها على ما علم من حالها وعقلها فلما ذهب ذلك لم يلزمه ما قضت على غير تلك الصفة

(فصل) وقوله القضاء ما قضت به يريد أن لفظ التملك يقتضي ذلك لأن ظاهره تملك نفسها وذلك لا يكون إلا بالطلاق فقد فهم من هذا اللفظ وضع الطلاق بيدها كالأوكل أجنبيا على طلاقها وإذا كان ذلك المعلوم من لفظ التملك وجب أن يثبت حكمه كما لو تلفظ في ذلك بلفظ الطلاق لأن هذه العبارة موضوعة لتفاهم بها المعاني فإذا كان اللفظ يفهم من تملك الطلاق ما يفهم منه إذا ورد بلفظ الطلاق وجب أن يكون حكمه في الحالين سواء فلا يقبل منه أني لم أرد تملك الطلاق كما لا يقبل ذلك منه إذا تلفظ بالطلاق ولأن العجمي يمكن أن يعبر عن ذلك بلسانه وإن لم يكن فيه لفظ طلاق ويلزمه حكمه في التملك والطلاق المبتدأ وكذلك الأخرس يفهم عنه هذا بالاشارة وتساوى ذلك بلفظه به كسائر الأحكام من الندب وغيره قال ابن المواز وأخذ مالك بقول عمران القضاء ما قضت إلا أن تنكر وهذا يقتضي أيضا أنها إن ردت التملك أنه لا يقع به طلاق لأنها قضت بالبقاء على الزوجية وقدرى ابن المواز أن مذهب ربيعة في التملك هي واحدة قبلت أو ردت قال مالك وما أدري من أين أخذه وقد اختار أزواج النبي صلى الله عليه وسلم المقام فلم يكن ذلك فراقا ووجه ذلك من جهة المعنى أن من وكل على الطلاق فلم يوقعه الوكيل لم يلزمه الطلاق فكذلك هذا

(فصل) وقوله رضي الله عنه إلا أن ينكر عليها الزوج فيقول لم أرد إلا واحدة وذلك أنه لا يخلو التملك أن ينوي به واحدة أو أكثر من ذلك أو لا ينوي شيئا فإن نوى واحدة أو اثنتين فقط بمنواه لم ذلك ولم يلزم أكثر من ذلك لأنه قد ملكها طليقة واحدة وأوقعها فلزمها ذلك ولم يلزمها أكثر من ذلك

* وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول إذا ملك الرجل امرأته أمرها بالقضاء ما قضت به إلا أن ينكر عليها فيقول لم أرد إلا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملاًك بها ما كانت في عديتها

لأنه لم يوجد منه تمليك لما زاد ولا منارضى بذلك ولا إيقاع له (مسئلة) ويكون له الرجعة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يقع طلاق واحدة بائنة إلا أن ينوى ثلاثا فيكون ثلاثا والدليل على ما نقوله أن هذه جهة وقوع الطلاق فكانت واحدة رجعية بجهة الزوج (مسئلة) فإن أوقعت ثلاثا وهو قد نوى واحدة لزمت واحدة ولم يلزمه أكثر منها وهذا أخذ مالك وهو قول عبد الله ابن عمر لأن له أن ينأى كرها وروى عن علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب رضى الله عنهما أن الأمر على ما قضت ولا ينفعه المناكحة والدليل على صحة ما قلنا أن الطلاق انما صار بيدها يجعله ذلك اليها وتفويضه والذي جعل اليها طلاق واحدة وما بعد ذلك من الطلاق لم يجعله اليها فلم يكن لها إيقاعه كالأحاد قبل أن يجعل ذلك اليها (مسئلة) وإن ملكها ثلاثا صرح بها فأوقعت واحدة فلا يلزمه شيء في رواية ابن القاسم وقال الشافعى يلزمه الطلقة وهي رواية مطرف عن مالك قال مالك ولو قال لها قد ملكتك البتة فأوقعت واحدة لم يكن ذلك شيئا لأن البتة لا تنقسم والثلاثة تنقسم من ثمانية أبي زيد وجه الرواية الأولى أن ما جعله اليها وقصرت عنه لم يلزمه ذلك فإذا ألزمتها الواحدة لم يكن في ذلك موافقة لما جعل اليها لأن الثلاث لم توقعها الزوج فلم تقع والواحدة لم يجعلها الزوج اليها فإذا أنبتنا حكم ما أوقعت وهي الواحدة أنبتنا ما يخالف ما جعله الزوج اليها وإذا جعل اليها واحدة وطلقت نفسها ثلاثا فقد وافقته في الواحدة وما زادت على ذلك مما لم يجعله اليها بطل وبشبه ما جعله اليها فتوجد الموافقة لما جعله اليها والله أعلم (مسئلة) وأما أن لم يصرح بالثلاث وانما قال لها أمرك بيديك فطلقت نفسها واحدة فقال لم أرد إلا التمليك في الثلاث فإنه لا يقبل منه وتوقع طلاق رجعية ويكون أمك بما قاله ووجه ذلك أن التمليك منه قد وجد وهو يحتمل الواحدة ولذلك لو طلقت نفسها ثلاثا وأدعى واحد، فكانت واحدة فإذا أوقعها الزوج فقال لم أرد إلا الثلاث لم يقبل منه وكان ذلك منه على وجه الندم والله أعلم (مسئلة) ومن قال لامرأته أمرك بيديك فقالت قبلت ثم قال أردت بالتمليك البتة وقال هي أردت واحدة في المبسوط عن مالك هي ثلاث الآن تقول قبلت واحدة ومعنى ذلك والله أعلم أنه لما فسر قوله بالثلاث وقالت هي قبلت وكان ظاهر ذلك قبولها ما جعل اليها لزمه ما أقر أنه جعل اليها فعلم ولم ينفهها تفسير ما نوه بالواحدة وهي تحتمل الثلاث مع مطابقتها لما جعله بيدها

(فصل) وقوله رضى الله عنه ويقول لم أرد إلا الواحدة يعنى أن منأى كرها أن يقول لم أرد إلا واحدة فهذا يخلف على قوله أنه لم يرد إلا الواحدة قال محمد يحلف مكانه لأن له الرجعة مكانه فإن لم يكن بها فلا تلزمه البين لأنها قد بانئت منه فإذا أراد نكاحها حلف على ما نوى ولا يحلف قبل ذلك إذ لعله لا يتزوجها وهذا الذى قاله محمد عندى انما هو ليحكم له الآن بان طلاق التمليك رجعى * قال القاضى أبو الوليد والظاهر عندى إذا أراد أن يرتجعها وأما أن لم يرد أن يرتجعها فيجب أيضا أن لا يلزمه بتعجيل البين إذ لعله لا يرتجعها (مسئلة) فإن أبي أن يحلف في المبسوط عن القاضى أبي اسحق فى الذى ينأى كرها أن أبي أن يحلف ألزم الثلاث على الأصل قال ومعناه أنه قد ملك فهو على أصل الطلاق الآن يقول أردت بعضه ويحلف فهذا على قول محمد بن المواز فعلى هذا القول يؤمر فى العدة بالبين فإن أبي قضى عليه بالثلاث وبعد العدة لا يعرض له حتى يرد النكاح فإذا أراد ذلك استخلف فإن حلف والا قضى عليه بالثلاث وكان الاظهر عندى تأخير البين عنه إلى أن يرد الرجعة فى العدة أو النكاح بعد العدة لأن البين انما هى لاستباحة المراجعة فإذا أراد أن يرتجع أمر بها لاستباحة الرجعة

فان لم يحلف منع المراجعة وكان حكمه بعد ذلك حكمه قبل اليمين ولو اقتضى نكوله الحكم عليه
بالثلاث لوجب أن يكون ذلك عند المناكحة والمنع لها من إيقاع ما أوقعته لان ذلك وقت الخصام
فيه وإبطال ما ادعته وإثباته والله أعلم وأحكم

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك ﴾

ص * مالك عن سعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت عن خارجة بن زيد بن ثابت أنه أخبره أنه كان
جالسا عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن أبي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد ما شأنك فقال ملكك
أمر أتي أمرها ففارقني فقال له زيد وما حملك على ذلك قال القدر فقال زيد ارجعها ان شئت فانما
هي واحدة وأنت أملك بها * ش قوله ان محمد بن عتيق أتي زيد بن ثابت وعيناه تدمعان يقتضي
بما بعده فرط ندمه وتأسفه على فراق امرأته وذلك يقتضي اعتقاده انه لا رجعة له عليها المالا لأنه ظن انها
واحدة بائنة أو انها ثلاث ولو اعتقد ان له عليها الرجعة لراجعها ولم يتعجل الى ذلك لما فعل بعد أمره به
زيد بن ثابت وأرشد اليه فقال له زيد بن ثابت ما شأنك لما رأى به من البكاء والندم فأخبره أنه ملك
أمرأته ففارقته وان ذلك الموجب لما رأى له من البكاء والجزع فقال زيد ما حملك على هذا يحتمل انه
أراد به توبيخه على ما فعله وتهديده فيه حتى لا يأتيه مرة أخرى ويحتمل أن يكون أراد سؤاله عن
سبب هذا الثلاثا ليكون الحكم يختلف باختلاف سببه وان كان ملكها بعوض أو بغير عوض فلما قال
القدر ولم يكن ثم سبب يظهره أجابه عن مسئلته

(فصل) وقول زيد ارجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها روى ابن المواز عن أشهب قال
مالك لا آخذ بحديث زيد في التملك ولكني أرى اذا ملك امرأته ان القضاء ما قضت الا أن ينكر
عليها فيحلف كما قال ابن عمر ويحتمل قول مالك هذا أن يعلم أن يكون علم مذهب زيد انها لا تكون
الا واحدة وان أوقعت أكثر من ذلك على كل حال ويحتمل أيضا أن يكون مالك قال يريد بذلك أني
لا أقول بظاهر اللفظ على الإطلاق لقوله ففارقني والفراق عند مالك في بعض الروايات عنه يقتضي
أكثر من الواحدة والحديث يحتمل أن يكون ذكر فراقا على غير لفظ الفراق وانها فارقته بطلقة
واحدة ويحتمل أن يكون ملكها بطلقة واحدة بتصریح فلا يلزمه ما زادت ولا يلزمه في ذلك بين
فلذلك قال له ارجعها فيكون ذلك موافقا لقول مالك لان اليمين انما يحتاج اليها اذا كان لفظه محتملا
وأوقعت المملكة أكثر من طلقة وانما كان جزع ابن أبي عتيق على هذا التأويل فراقا من أن
تكون واحدة بائنة وعلم من مخالفته انه اذا ملكك نفسها لم تعد اليه ص * مالك عن عبد الرحمن
ابن القاسم عن أبيه ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق فسكت ثم قالت
أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر فاخصما الى مروان
ابن الحكم فاستخلفه مملكها الا واحدة وردها اليه * قال مالك قال عبد الرحمن فكان القاسم يعجبه
هذا القضاء ويراها أحسن ماسمع في ذلك * قال مالك وهذا أحسن ماسمعت في ذلك وأحبه الى * ش
قوله ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق يقتضي إيقاعها الطلاق بآثر تملكه
اياها الطلاق ولو أخرت قبول التملك بالقول فلا يخلو أن يوجد منها فعل يدل على الفراق أو لا يوجد
منها قول ولا فعل فان وجد منها في المجلس فعل يدل على الفراق مثل أن تخمر رأسها أو تأمر بنقل
رحلها الى عند أبيها في المبسوط من رواية ابن المعتز عن ابن الماجشون ان فعلت من ذلك ما بين

﴿ ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن سعيد بن سليمان بن زيد بن ثابت عن خارجة بن زيد بن ثابت أنه أخبره أنه كان
جالسا عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن أبي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد ما شأنك فقال ملكك
أمر أتي أمرها ففارقني فقال له زيد وما حملك على ذلك قال القدر فقال زيد ارجعها ان شئت فانما
هي واحدة وأنت أملك بها * ش قوله ان محمد بن عتيق أتي زيد بن ثابت وعيناه تدمعان يقتضي
بما بعده فرط ندمه وتأسفه على فراق امرأته وذلك يقتضي اعتقاده انه لا رجعة له عليها المالا لأنه ظن انها
واحدة بائنة أو انها ثلاث ولو اعتقد ان له عليها الرجعة لراجعها ولم يتعجل الى ذلك لما فعل بعد أمره به
زيد بن ثابت وأرشد اليه فقال له زيد بن ثابت ما شأنك لما رأى به من البكاء والندم فأخبره أنه ملك
أمرأته ففارقته وان ذلك الموجب لما رأى له من البكاء والجزع فقال زيد ما حملك على هذا يحتمل انه
أراد به توبيخه على ما فعله وتهديده فيه حتى لا يأتيه مرة أخرى ويحتمل أن يكون أراد سؤاله عن
سبب هذا الثلاثا ليكون الحكم يختلف باختلاف سببه وان كان ملكها بعوض أو بغير عوض فلما قال
القدر ولم يكن ثم سبب يظهره أجابه عن مسئلته
(فصل) وقول زيد ارجعها ان شئت فانما هي واحدة وأنت أملك بها روى ابن المواز عن أشهب قال
مالك لا آخذ بحديث زيد في التملك ولكني أرى اذا ملك امرأته ان القضاء ما قضت الا أن ينكر
عليها فيحلف كما قال ابن عمر ويحتمل قول مالك هذا أن يعلم أن يكون علم مذهب زيد انها لا تكون
الا واحدة وان أوقعت أكثر من ذلك على كل حال ويحتمل أيضا أن يكون مالك قال يريد بذلك أني
لا أقول بظاهر اللفظ على الإطلاق لقوله ففارقني والفراق عند مالك في بعض الروايات عنه يقتضي
أكثر من الواحدة والحديث يحتمل أن يكون ذكر فراقا على غير لفظ الفراق وانها فارقته بطلقة
واحدة ويحتمل أن يكون ملكها بطلقة واحدة بتصریح فلا يلزمه ما زادت ولا يلزمه في ذلك بين
فلذلك قال له ارجعها فيكون ذلك موافقا لقول مالك لان اليمين انما يحتاج اليها اذا كان لفظه محتملا
وأوقعت المملكة أكثر من طلقة وانما كان جزع ابن أبي عتيق على هذا التأويل فراقا من أن
تكون واحدة بائنة وعلم من مخالفته انه اذا ملكك نفسها لم تعد اليه ص * مالك عن عبد الرحمن
ابن القاسم عن أبيه ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق فسكت ثم قالت
أنت الطلاق فقال بفيك الحجر ثم قالت أنت الطلاق فقال بفيك الحجر فاخصما الى مروان
ابن الحكم فاستخلفه مملكها الا واحدة وردها اليه * قال مالك قال عبد الرحمن فكان القاسم يعجبه
هذا القضاء ويراها أحسن ماسمع في ذلك * قال مالك وهذا أحسن ماسمعت في ذلك وأحبه الى * ش
قوله ان رجلا من ثقيف ملك امرأته أمرها فقالت أنت الطلاق يقتضي إيقاعها الطلاق بآثر تملكه
اياها الطلاق ولو أخرت قبول التملك بالقول فلا يخلو أن يوجد منها فعل يدل على الفراق أو لا يوجد
منها قول ولا فعل فان وجد منها في المجلس فعل يدل على الفراق مثل أن تخمر رأسها أو تأمر بنقل
رحلها الى عند أبيها في المبسوط من رواية ابن المعتز عن ابن الماجشون ان فعلت من ذلك ما بين

ولا يجهل فكانت كلمت بالقبول ووجه ذلك ان ظاهر هذا الفعل القبول التملك اثر الطلاق
وأقل ما يحمل عليه القبول التملك قال عبد الملك فان قالت بعد ذلك أردت البتة ألا ترى اني قد
خربت رأسي وفعلت ما تفعله المحرمة فان له أن ينكرها ويحلف انه مملوكها الا واحدة وفي المجموعة
عن ابن القاسم لا ينوي الزوج ووجه ذلك أن ظاهر فعلها لينونه فترك الانكار عليها في المجلس
يقضي الرضا بالثلاث وقيل عليه أن يحلف يمينا أخرى لانه لم يظن ان انتقالها ومافعلت يكون طلاقا
بأثنا وقتضى قول ابن الماجشون وسحنون وأصبح ان ذلك يلزمه مع يمينه انه لم يملك الا واحدة وقال
ابن الموازين واحدة تجزئه لجميع ذلك فيها وهذا ليس بخلاف في الظاهر (فرع) فان فعلت
هذا من تخمير الرأس ونقل الثياب ثم قالت لم أرد به طلاقا ففي العتية من رواية عبد الملك بن الحسن
عن أبي وهب ان لم تكن اختارت فلا شيء لها (مسألة) فان لم تفعل شيئا أو فعلت ما لا يستدل به على
الطلاق كالأكل والشرب في كتاب محمد اذا لم تفعل ما يستدل به على الفراق ثم قالت أردت الفراق
ونوته في المجلس لم يقبل قولها وقد اختلف فيه قول مالك فقوله القديم انما لها ذلك مادام في مجلسها
فاذا قاما من مجلسهما قبل أن تقضى شيئا بعد بطل التملك ثم رجع عن ذلك وقال لها ذلك ولا يزال
التملك عنها الا أن يمكن من الاستمتاع أو يوقعها السلطان فتطلق أو ترد قال ابن القاسم وقوله الأول
أحب الى وجه القول الأول اما أن يكون توكيلا فله الرجوع عنه متى شاء لان عقد التوكيل غير
لازم فله الرجوع عنه متى شاء وان كان هبة فهو عقد لازم فليس له الرجوع عنه مادام في المجلس
لانه وقت القبول ومتى قاما من المجلس فقد تركت القبول فبطل ما كان لهما من ذلك وهذا أشبه لانه
لو كان حكمه حكم التوكيل لوجب أن يبطله بآثر التملك ولا خلاف نعلمه بين الفقهاء انه ليس له ذلك
بآثر تملكه وانما اختلف الفقهاء في جواز رجوعه عن ذلك بعد وقت يمكن فيه القبول ولم يظهر
القبول ونحن انما نقول له ذلك ما لم يقوما الى هذا ذهب الشافعي ورواه ابن وهب عن مالك في
المبسوط ووجه ما تقدم ووجه القول الثاني وهو اختيار أبي علي بن خيران انه طلاق معلق بصفة
فليس له الرجوع عنه كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول ليس
لها ذلك الاما ما في المجلس فانه لا يبطل ذلك بانقضاء وقت من يمكن فيه اختيار الطلاق فلا يظهره
وانما لها ذلك بمقدار ما جرت به العادة من الجلوس والارتياح في الأمر والنظر فيه لما قدمنا ان حكمه حكم
الهبة ان وهبها كان في يده من ايقاع الطلاق فان طال المجلس جدا وخرج عن المعتاد في ذلك ففي
المدونة من قول مالك انه اذا طال المجلس عامة النهار فعلم انهما قد تركا ذلك وخرجا عما كانا فيه الى
غيره فقد بطل التملك وقال أشهب ذلك بيدها وان أقاما في المجلس وجه القول الاول ان مجلس
التعارض والأخذ في مثل هذا معتاد فاذا طال المجلس وزاد على ذلك الزيادة البينة التي يعلم بها
الخروج عن هذا الأمر وترك النظر فيه بطل ما لهما من القبول كما لو قامت من المجلس ووجه الرواية
الثانية ما احتج به أشهب من حديث ابن عمر ان ذلك لهما مادام في المجلس ولان المجلس وان طال فانها
على الصفة التي أبيع فيها الارتياح لم تنتقل عنها وقد يحتاج هذا من النظر والارتياح الى ما يزيد على
مقدار المجلس المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان لها ذلك في المجلس ما لم يخرجها عما كانا فيه ويظهر تركه
فان معنى ذلك الترك أن يأخذ في كلام غيره وأما ان تمتشط أو تسكت أو تعمل عملا فان ذلك لا يكون
قطعا خيارها رواه ابن سحنون عن أبيه وهذه مسألة فيها نظر لان الترك لما كانا فيه قد يكون
بالأعمال والنوم وطول المجلس المفرط الذي يظهر به الترك لما كانا فيه كما يكون بالأخذ في كلام

غيره (فرع) وهذا اذا لم تجاب بشئ عن التملك فاما اذا جابت فقالت قبلت امرى فعلى القول الاول انما ذلك مختص بالمجلس قال مالك يكون ذلك بيدها حتى توقف أو تمكن من نفسها لان قولها قد قبلت امرى ان ارادت به الطلاق فقد قضت ويلزم ما قضت به الا ان ينأى كرها فبازادت على الواحدة وان قالت اردت به قبلت ما جعل الى من التملك ولم ارد به الطلاق فقد قبلت ما وهبته بالمجلس فجاز ان يقع الطلاق أو يتركه بعد المجلس لان قبولها للهبة قد وجد منها ففت الهبة بالقبول في المجلس (فرع) فان قالت قبلت امرى في المجلس ولم تفسر ذلك حتى حاضت ثلاث حيض أو وضعت حملها ثم قالت اردت بذلك طلقة واحدة قبل قولها بغير بين ولا رجعة للزوج عليها قاله في النوادر ومعنى ذلك ان قولها قبلت امرى يحتمل الطلاق فاذا فسرته بالطلاق قبل ذلك منها ولم يكن عليها بين كالمفسرته به في العدة واذا كان تفسيرها بعد العدة فقد انقضى وقت الرجعة والزوج ضيع حقه حين لم يواقعها ويستفسر قولها قبل العدة ورضى بانقضاء العدة وانقطاع مدة الرجعة لانه لم يرجع في مدة العدة (فرع) فان قالت بعد ان وطئها اردت بذلك الطلاق ففي المجموعة عن ابن القاسم لا تصدق لانه قد زال ما بيدها وانما يصدق قولها مادام التملك بيدها وامكانها اياه من نفسها دليل على انها لم ترد الطلاق فلا يجوز لها أن تدعى الآن غيره ولو كانت خالعة بعد قولها ملكت امرى صدقت بعد ذلك انها ارادت الطلاق لان فعلها لا ينفي ما تفسر به الآن وبيننا كرها ان زادت على الواحدة ورواه عيسى عن ابن القاسم (فرع) فاذا قالت اردت الارتيا والنظر صدقت فان زادت الآن فلا شئ عليه وان طلقت واحدة كان له الرجعة وان زادت على ذلك كان له المناكحة (مسألة) ولو ملك رجل امرأته رجلا ثم اراد الرجوع فيه في المبسوط عن مالك ليس له ذلك وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال لختنته اذا تكثر لرب لا بنتك وخرجت من القرية فأمرها بيديك فتكارت بهاتخرجها فابي وبدا لها قال ذلك له ولا شئ عليه * قال القاضي أبو الوليد ومعنى ذلك عندي ان له الرجوع في سبب التملك وهو بان يمنع أمها الخروج بها ولو أخرجهما لم يكن له الرجوع في التملك والله أعلم وقد قال القاضي أبو محمد وهو مما انفرد به لانعله لغيره ان للرجل أن يجعل الى المرأة طلاقها وذلك على وجهين أحدهما أن يوكليها والآخرة أن يملكها على التوكيل به أن يرجع ما لم تطلق نفسها وفي التملك ليس له ذلك الا أن يبطل تملكها وقال في المعونة اذا ملك الرجل امرأته طلاقا فهو على وجهين أحدهما التملك والثاني التوكيل (فرع) فان قال لها أمرك بيدك الى شهر أو الى أجل يسهميه في المدينة من رواية محمد عن يحيى السبائي عن مالك لا يجوز أن يجعل الرجل الخيار لامرأته في نفسها الى أجل بعيد يسهميه الا أن يكون ذلك اليوم وما أشبهه ويوقف عن امرأته في اليوم وشبهه حتى يرجع ذلك اليه أو يفارقه فان فعل في المدينة من رواية عيسى عن ابن القاسم انه اختلف فيه قوله مرة قال ان لم يقض ساعتين فلا خيار لها منها لأجل أو بعد وقد قال ذلك لها لم يوطأها ويوقف والتوجيه فيه على ما تقدم (فرع) وان جعل امرأته بيد رجل فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط انما ذلك له مادام في المجلس فان افترقا قبل أن تقضى فقد كان مالك يقول ليس له ذلك بعد التفرق من المجلس ثم رجع فقال أرى له ذلك ما لم ترفعه الى السلطان أو توطأ وقرن ذلك بتملك المرأة فجعل فيها القولين على ما في تملك المرأة وقد تقدم في توجيه ذلك انه يحتمل أن يكون كالطلاق المعلق بصفة قال القاضي أبو محمد وهو توكيل وقال أيضا ان حكمه مختص به ويخالف سائر حكم التوكيل فاذا قلنا انه طلاق معلق بصفة فانه

بخالف تعليقه بدخول الدار أو أكل الطعام أو لباس الثوب فإن تعليقه بأحده هذه الصفات يتأبد
وتعليقه على وجه تملك الزوج أو الأجنبي لا يتأبد وإنما يختص بالمجلس على أحد القولين وعلى
القول الثاني لها إسقاط ذلك بتمكينه من الاستمتاع أو رد ذلك وإذا قلنا أنه بمنزلة التوكيل فإنه
بخالف التوكيل فإن التوكيل عقد جديد له رده في المجلس قبل إبقاء ما وكل عليه وإذا قلنا أنه تملك
بخالف حكم التوكيل فإنه يلزم أن يبين معناه ويميز بينه وبين التوكيل * قال القاضي أبو الوليد
رضي الله عنه والذي عندي في ذلك أن التملك إنما هو لها في إيقاع الطلاق وتعليقه باختياره
ومشيئته ومعنى التوكيل الاستئابة له في إيقاعه دون تعليق ذلك بمشيئته واختياره وقد بسطت
القول في سنن هذه الوجوه وتعليلها في شرح المدونة بما يغني الناظر فيه إن شاء الله تعالى (مسئلة)
وهذا إذا كان مخاطبها بالطلاق فإن أرسل به إليها فلم تجب بشئ حتى انصرف عنها الرسول فقد
روى ابن المواز عن مالك ذلك بيدها وليس بحضور الزوج الآن يتناول الزمان ويظهر من أفعالها ما
تفعله الراضية بالزوج وليس هذا بمنزلة المشافهة بالتخير لأن مشافهة الزوج لها بذلك تقتضي الجواب
وقد يرسل إليها بما لا ينتظر عنه جوابا * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وفي هذا عندي نظر فإن
إخبار الرسول لها بالتمليك كإخبار الزوج وقد يخبرها الزوج بالتمليك ولا يقتضي بذلك جوابا
كالرسول وإنما يتعلق بذلك أنها قد توخر الجواب لتوصله إلى الزوج مع غير الرسول كما تريد أن
تؤخره عن الزوج حتى ترسل به إليه والصواب عندي أن توجيه القولين على ما في تملك الزوج
(مسئلة) وهذا كله إذا قال لها أمرك بيدك وأما إن قال لها أمرك بيدك إن شئت أو إذا شئت
ففي كتاب ابن المواز ذلك كله واحد وذلك بيدها وإن افرق من المجلس قبل أن يقيد ذلك بجواب
وضعف هذا أصبغ في إن شئت

(فصل) وقوله لما قالت له أنت الطلاق في الثانية بفيك الحجر إنكار للطلقة الثانية وإنما سكت في
الاولى لأن تملكه يقتضيها فلما زادت على ما اعتقد من الطلاق أنكرك ذلك عليها فهذا حكم المناكرة
أن يكون متصلا بقولها على ما يجوز أن يكون جوابا لقولها قاله مالك في المبسوط وجه ذلك أنه إنما
يجز بانكاره عما اعتقده حين التملك فلا يحتاج إلى ارتياح ولا نظر فاذا لم يجابها بالإنكار وسكت
فقد رضي بما أوقعته من الطلاق أو كان سكوتها بمعنى الإقرار منه أن ذلك هو الذي ملكها فذلك
لم يجز أن يتأخر إنكاره عن قولها قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن ليس منا كرة بعد المجلس
ولا يدخل في ذلك من اختلاف قول مالك ما روى عنه في التملك لها أن تقضي بعد المجلس بالموقف
أو تمكن من نفسها والله أعلم (مسئلة) وهذا إذا كان حاضرا معها مخاطبها وإن كان أنفذا لها
بالتمليك فاذا بلغه أنها قد زادت على طلقة في المبسوط عن مالك إنما يكون ذلك عندما يبلغه أنها قضت
بأكثر من واحدة فإن صحت لزومه ما قالت ووجه ذلك ما تقدم

(فصل) وقوله في الثالثة بفيك الحجر إنكار لها أيضا فاختص في ذلك إلى مروان بن الحكم فاستحلفه
مملكها الا واحدة وردها إليه يريد أنها كانت رجعية فجعل له أن يرجعها فتكون عنده على ما
بقي من طلاقها فكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء لما فيه من وجه الصواب وراه أحسن ما سمع
فيه من قول من يجعل لها إيقاع الثلاث وقول من يجعل واحدة بآئنة وأما قول من حدث بعد
ذلك أنه لا يكون تملكها حتى يقول أردت به الطلاق فإنه خارج عن تلك الأقوال التي اختار منها
وبالله التوفيق

﴿مالايين من التليك﴾

ص ﴿مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها خطبت على عبد الرحمن ابن أبي بكر قريية بنت أبي أمية فزوجوه ثم انهم عتبوا على عبد الرحمن وقالوا ما زوجنا الا عائشة فأرسلت عائشة الى عبد الرحمن فذكرت ذلك له فجعل أمر قريية بيدها فاختارت زوجها فلم يكن ذلك طلاقا﴾ ش قوله انها خطبت قريية بنت أبي أمية على عبد الرحمن فزوجوها منه ثم انهم عتبوا عليه في أمر يريدها منهم وجدوا عليه في أمر خالفهم فيه فقالوا ما زوجنا الا عائشة يريدها منهم انما ونقوا بفضلها وانها لا ترضى لهم بأذى ولا تسوغ أخاها الاضرار بهم في وليتهم فأرسلت عائشة بذلك الى عبد الرحمن لعلها أرادت أن تصرفه وتستزله عن المعنى الذي عتبوا عليه من أجله ولعله كان نكاحا عليها أو تسرياً أو إيثارا

(فصل) وقوله فجعل عبد الرحمن أمر قريية بيدها يريدها ملكها أن تبقى عنده على الأمر الذي عتبوا عليه من أجله أو تطلق نفسها ان شاءت وفي ذلك ازالة ملامتهم عن عائشة فاختارت قريية وهي المملكة زوجها فلم يكن ذلك طلاقا يريدها لم يحكم به عليهم ما ولا أفتاها به من كان يفتي في الوقت ولا رآه منهم من كان من أهل الاجتهاد كما عتبت وغيرها وعلى هذا الجمهور ص ﴿مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يصنع هذا به ومثلي يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر فان ذلك بيد عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمر افضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا﴾ ش قوله ان عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام يحتمل أمرين أحدهما انها باشرت عقدة النكاح ورواه ابن مزين عن عيسى بن دينار قال وليس عليه العمل يريدها أهل المدينة حين كان بها عيسى لان مالكا وفقها المدينة لا يجوزون نكاحا عقدته امرأة ويفسخ قبل البناء وبعده على كل حال والوجه الثاني انها قدرت المهر وأحوال النكاح وتولى العقد أحد من عصبها ونسب العقد الى عائشة لما كان تقريره اليها وقد روى عن عائشة انها كانت تقرر أمر النكاح ثم تقول اعقدوا فان النساء لا يعقدن النكاح وهذا هو المعروف من أقوال الصحابة ان المرأة لا يصح أن تعقد نكاحا لنفسها ولا لامرأة غيرها وقد تقدم الكلام في ذلك (مسئلة) وأما عقد نكاح حفصة وأبوها غائب وهي بكر فان مذهب مالك انه لا يجوز أن يعقدن نكاح بكر ذات أب غير أبها وان كان غائبا الا أن يكون قد غاب غيبة انقطاع قال ابن حبيب عن مالك لا ترجى رجعتة وفي المدونة مثل من يخرج من مصر غازيا الى الأندلس وأفريقية أو طنجة فهذه تزوج قاله ابن القاسم ورواه علي بن زياد عن مالك قال القاضي أبو محمد اذا كان استئذانه يتعذر وهي عانس بالغ وقال عبد الملك لا تزوج حياة الأب وفي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب انه اذا قطع نفقته عنها أو طال غيبته زوجت وان جرت عليها نفقة الأب لم تزوج الاباذه ولأبي العباس الأيباني في حد البعد في العتبية أن تكون في موضع لا ينفذ فيه حكم الابنة فان كان بموضع ينفذ فيه كتبه لم تزوج عليه قال القاضي أبو محمد فوجه قول مالك ان غيبة الأب اذا طالت وانقطع عنها أثر ذلك بها فجرى مجرى عضلها ولو كان الأب حاضرا وعضلها وعلم انه يقصد الاضرار بها لزوجها عليه الحاكم

﴿مالايين من التليك﴾
حدثني يحيى عن مالك
عن عبد الرحمن بن القاسم
عن أبيه عن عائشة أم
المؤمنين أنها خطبت على
عبد الرحمن بن أبي بكر
قريية بنت أبي أمية
فزوجوه ثم انهم عتبوا على
عبد الرحمن وقالوا ما زوجنا
الا عائشة فأرسلت عائشة
الى عبد الرحمن فذكرت
ذلك له فجعل أمر قريية
بيدها فاختارت زوجها فلم
يكن ذلك طلاقا وحدثني
عن مالك عن عبد الرحمن
ابن القاسم عن أبيه أن
عائشة زوج النبي صلى
الله عليه وسلم زوجت
حفصة بنت عبد الرحمن
المنذر بن الزبير وعبد
الرحمن غائب بالشام فلما
قدم عبد الرحمن قال
ومثلي يصنع هذا به
ومثلي يفتات عليه
فكلمت عائشة المنذر
ابن الزبير فقال المنذر فان
ذلك بيد عبد الرحمن فقال
عبد الرحمن ما كنت لأرد
أمر افضيته فقرت حفصة
عند المنذر ولم يكن ذلك
طلاقا

فكذلك مع طول الغيبة ووجه قول عبد الملك ان الولاية باقية للاب لان سقط بغيته فلم يكن لغيره أن يزوجها ووجه قول ابن وهب ان المراعى في ذلك ازالة الضرر عنها وهذا موجود مع انقطاع النفقة ومعدوم مع ادامتها فاما أن تكون عائشة رأيت غير هذا واما أن يكون معناه أن عبد الرحمن قد كان وكل من يعقد هذا النكاح فعقد على أدنى من المهر الذي كان يعتقد هو أن يبذل لمثله أو وكل من يعقد على الاطلاق دون تعيين الا أنه ظن أن ذلك يقوم له مقام التعيين وذلك ان البكر ذات الأب أو الوصى ليس لها أن ترضى بأقل من مهر مثلها وأما الثيب ففي المدونة لا يجوز لها ذلك وقيل ان ذلك جائز لها ويحتمل أن يكون لمعين الزوج وطن أنه يعدل به عن مثل المنذر الى مثل عروة أو عبد الله بمن كان أفضل من المنذر فلذلك أنكر أن يصنع به مثل هذا أو يفتات عليه ولذلك احتاج المنذر أن يجعل الامر بيده ولو لم يكن النكاح لازما لما احتاج الى ذلك ولو كان النكاح فاسدا لا يجوز أن يقر عليه * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ويحتمل عندى أن يكون العاقد نكاح حفصة بنت عبد الرحمن أخوه وأبنته ان كان قائما بأمره في المدينة من رواية عيسى عن ابن القاسم في الرجل يزوج أخته البكر وأبوه غائب ان كان القائم بأمره فأجازه أبوه جاز وان كانت ثيبا جاز على كل حال وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع في الرجل يكون الناظر في عيال أخيه وأبيه والقائم له في حوائجها المفاوضة في أموره فتغيب الأب فتزوج ابنته أو أمته بوجه الصحة والنظر لهن اذا أجازه الغائب اذا قدم جاز وثبت ونحوه في المدونة عن مالك الا أنه لم يذكر الغيبة وانما جاز أن يجوز الأب بعد طول الغيبة لانه موقوف على الفسخ والله أعلم فعلى هذا ان كان عاقد نكاح حفصة ابنا لعبد الرحمن أو أخاه ان كان في حياة محمد بن أبي بكر أو غيره من عصبتها بمن كان القائم بأمره والناظر له فانه مما يجوز اذا أجازه عبد الرحمن وقد قال ابن القاسم في المدونة الأخ والجدة في ذلك بمنزلة الأب قال محمد بن المواز كما زوجت عائشة بنت أخيها فرضى قال مالك وذلك لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وكلت عائشة رجلا على العقد وهذا اذا كانت بكر افان كانت ثيبا فذلك جائز لازم وان لم يجوز عبد الرحمن والله أعلم

(فصل) وقوله فكلمت عائشة المنذر في ذلك يريد انها أعلمته انه سخط بعض الامر فجعل الامر اليه ليزيل عن عائشة رضى الله عنها لوم عبد الرحمن لأجل ذلك الافتيات عليه فامتنع عبد الرحمن من ابطال النكاح تسليما لما رآه عائشة واختارته وقوله ما كنت لارد أمر اقصيته على ما تقدم من اضافة الامر اليها لما كان منها من توليه وتقريره ص * مالك انه بلغه ان عبد الله بن عمرو بأهريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فتزد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيئا فقال ليس ذلك بطلاق * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارق فمقرت عنده فليس ذلك بطلاق * شكرر مالك رحمه الله في هذه المسئلة القول وكثر من الآثار لمخالفة ربيعة في ذلك يذكر ان رد المملكة التملك لا يقتضى طلاقا قال ولا يوجب ولو أوجه لمكان نفى التملك يقتضيه ولما وجب أن تسئل المرأة بعد ذلك ولا يقتضى منها قبول ولا رد وترك في هذه الآثار حكم الساكنة التي لم تقبل ولم تزد وقد بينا فيه من القول ما يغنى عن اعادته ص * قال مالك في المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيئا فليس بيدها من ذلك شيء وهو لها مادام في مجلسها * ش قوله انها اذا افترقا ولم تقبل فليس بيدها من ذلك شيء هذا قوله الأول واختاره ابن القاسم وقد رجع عن هذا القول الى أن لها ذلك وبوقفها السلطان قال أشهب وانما قال ذلك القول

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر وأباهريرة سئلا عن الرجل يملك امرأته أمرها فتزد ذلك اليه ولا تقضى فيه شيئا فقال ليس ذلك بطلاق * وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه قال اذا ملك الرجل امرأته أمرها فلم تفارق فمقرت عنده فليس ذلك بطلاق * قال مالك في المملكة اذا ملكها زوجها أمرها ثم افترقا ولم تقبل من ذلك شيئا فليس بيدها من ذلك شيء وهو لها مادام في مجلسها

مرة ثم رجع الى أن لها ذلك وثبت عليه وقدر روى يحيى بن يحيى القول الأول في الموطأ وهو من آخر من روى عنه وهذا يدل على أن مالكاً كان يترجح فيه في أوقات الفتوى وأبقى في موطئه قوله الأول فلم يغيره (مسئلة) فإن اختلفا بعد القيام من المجلس فقالت الزوجة قد قضيت بالطلاق وقال الزوج ملكتك ولم تقض شيئاً في المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك أن القول قولها حين أقر لها بالتمليك وهذا مبني على أن لا خيار لها بعد المجلس لكنه إذا أقر لها بالتمليك لم يكن له إبطاله بدعوى أنها لم تقض بالطلاق كالأجنبي يوكفه على الطلاق ثم يدعى أنه لم يطلق وأما على القول بأنه لا يحتاج أن يدعى القضاء في المجلس لأن لها أن تقضي الآن بالطلاق الآن يدعى عليها الرد فان ادعى عليها الرد كان القول قولها والله أعلم

﴿ الإيلاء ﴾

ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف فاما أن يطلق وأما أن يبقى قال مالك وذلك الأمر عندنا ﴾ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيام رجل آلى من امرأته فانه إذا مضت الأربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يبقى، ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف ﴿ ش قال ابن الماجشون في المبسوط الإيلاء البين فمن حلف فقداً لى ﴾ قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا كما قال ابن الإيلاء في اللغة هو البين وقال أبو اسحاق الزجاج يقال آلت أولى إيلاء وألية وقال المفضل الإيلاء البين يقال آلى بولى إيلاء والاسم الألية ولذلك قال الشاعر قليل الألياء حفظ ليمينه ﴾ وإن ندرت منه الألية برت

وقال الأعشى في القصيدة التي مدح بها النبي صلى الله عليه وسلم

فآلت لا أرى لها من كازلة ﴾ ولا من وجى حتى تلاقى محمداً

نبي يرى ملايرون وذكره ﴾ أعار لعمري في البلاد وأنجداً

معناه أقسمت إلا أنه مستعمل في الشرع في القسم على الامتناع من وطء الزوجة قال الله تعالى للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر فقال تعالى يؤولون من نساءهم وتقديره والله أعلم يقسمون على الامتناع من نساءهم لأنه لا يقال آلت من كذا وإنما يقال آلت على كذا وآلت لأفعلن كذا ولا فعلت كذا الكنه لما كان معناه آلى ليمتنعن من امرأته وكثر استعماله حذف ذلك للدلالة الكلام عليه وقيل آلى من امرأته حكى هذا الفضل بن مسامة عن بعض النحاة وقال الفراء إن من هنا بمعنى على أي يؤولون على نساءهم

(فصل) وقوله إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق وإن مضت أربعة أشهر حتى يوقف المشهور من مذهب علي رضي الله عنه أن الإيلاء إنما يكون في الغضب دون الرضا وأنه إذا حلف في الرضا لم يكن مولى والذي عليه جمهور الفقهاء أنه يكون مولى لأنه حلف بيمين تلزم على الامتناع من وطء زوجته أو يدم أربعة أشهر بحال الغضب ولأن للزوجة حق في الوطء فليس له أن يحلف على الامتناع به (مسئلة) وهذا إذا كان ممن يستطيع الوطء وكانت الزوجة لها حق في الوطء فإن كان ممن لا يستطيع الجماع كالشيخ الكبير ففي المبسوط عن ابن القاسم لم يسمع من مالك في ذلك شيئاً ورأيه أنه لا يستطيع الجماع وأما ممن لا يستطيعه فلا يلزمه حكم

﴿ الإيلاء ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليها طلاق وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف فاما أن يطلق وأما أن يبقى قال مالك وذلك الأمر عندنا ﴾ وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول أيام رجل آلى من امرأته فانه إذا مضت الأربعة الأشهر وقف حتى يطلق أو يبقى، ولا يقع عليه طلاق إذا مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف

الايلاء كالخصي وكالذي يقطع ذكره بعد الايلاء فليس على واحد منهم توقيت وروى ابن حبيب عن أصبغ انه قال في الخصي ان ايلاءه لازم ويوقت على سنة أجل الايلاء لان لها منفعة يلتزم بها من مباشرة وغيرها (مسألة) واذا آلى الصبي الذي لم يبلغ الحلم فلا يلزمه الآن ولا بعد البلوغ وليس بمول ووجه ذلك أن الايلاء يمين والأيمان لا تتقدم منه قال ابن القاسم في المبسوط وكذلك من آلى من صغيرة فلا شيء عليه حتى تبلغ حد الوطء فمن يومئذ يكون أجل الايلاء عليه لان هذا الخالف كبير يلزمه اليمين وانما سقط عنه حكم الايلاء والتوقيت لما حلف على من لاحق لها في الاستمتاع فلما بلغت حد الوطء وصار لها حق فيه لزم اليمين المتقدمة وكان أجل الايلاء من يوم ثبت لها في الوطء حق والله أعلم

(باب الايلاء ثبت حكمه بكل يمين يجب على الخالف بها شيء كالخالف بالله أو بصفة من صفاته) قال ابن المواز مثل أن يحلف بسلطان الله أو بقدرته أو بدمته أو برحمته أو بنوره أو بحمده أو شأنه زاد في المبسوط عن ابن الماجشون أو عظمته وعن ابن القاسم أو بجلال الله أو بشيء من صفاته ووجه ذلك ان هذه أيمان تلزم بها الكفارة فثبت بها حكم الايلاء كقوله لا والله وبلى والله (مسألة) فان قال أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله ففي المبسوط عن عبد الملك يكون موليا وهذا مما لا خلاف فيه لانها يمين بالله فان قال أحلف أو أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يقل بالله قال لا يدخل عليه به ايلاء الا أن يكون أراد بالله ونواه فيكون يميناً ويكون مولياً في المدونة والمبسوط وقال ابن القاسم عن مالك أشهد ولعمري ليس بيمين الا أن يريد بالله فيكون مولياً قال ابن القاسم وأعزم أو أعزم على نفسي عندي مثل قوله أقسم والذي في المدونة أن مالكاً قال فمين يقول أشهد أن لا كلف فلانا لاشي عليه قال ابن القاسم الا أن يريد بذلك أشهد بالله فيكون يميناً وكذلك قال مالك في القائل أقسمت أن لا كلف فلانا قال ابن القاسم وكذلك أحلف أن لا كلف فلانا يمين قال وليس قوله أعزم أن لا كلف فلانا يمين فان قال أعزم بالله فلا أشك انها يمين فان قال أعزم عليك بالله فليست بيمين وهو عندي بمنزلة قولك أسألك بالله لتفعلن كذا فلم يفعل فلا شيء عليه (مسألة) وكذلك ان قال على عهد الله وميثاقه أو قال على ذمة الله أو قال على نذر ذلك كله عن ابن القاسم في المبسوط ووجه ما قدمناه (مسألة) فان حلف بالصيام أن لا يبطأ امرأته فقال ان وطئتك فعلى صيام شهر أو سنة فهو مول وهكذا على ما يلزمه من حج أو طلاق أو عتق وهو أحد قول الشافعي وقال في الجديد لا يكون مولياً الا باليمين بالله تعالى والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق ودليلنا من جهة القياس أن هذه يمين لزمه بها حكم فثبت بها حكم الايلاء أصل ذلك اليمين بالله (مسألة) اذا ثبت ذلك فقد قال في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ان آلى منها بصيام فهو مول ومعنى ذلك بصيام غير معين ولم يعين قلته من كثرة وهذا يدل على انه اذا آلى منها بصيام يوم واحد انه يكون مولياً (فرع) فان قال ان جامعتك فعلى صوم هذا الشهر الذي أنافيه أو شهر بينه وبين آخر أربعة أشهر فأقل فانه ليس بمول حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر قاله ابن المواز وأكثره في المبسوط (مسألة) ومن آلى من امرأته بالصلاة ان وطئتك فعلى أن أصلي مائة ركعة قال ابن القاسم في المبسوط هو مول زاد في المدونة عن مالك أو آلى بحج أو عمره أو هدى أو عتق (مسألة) ومن آلى بصدقة أو عتق عبد معين أو غير معين فان كان عبداً معيناً ولم يكن في ملكه فلا شيء عليه وان كان في ملكه لزمه الايلاء فان باعه زال عنه ووجه

ذلك أن اليمين إنما تعلقت بعين العبد فلما باعه أو وهبه لم يبق لليمين تعلق فبطل حكمها وصارت الزوجة غير مولى منها (فرع) فإن استرجع العبد بشراء في تفليس أو غيره فقد روى ابن المواز أنه قال لا تعود عليه اليمين وقال ابن القاسم تعود عليه اليمين وقاله مالك في المبسوط وقال ابن الماجشون في المبسوط إن عاد إليه العبد بمرات أو اشتراه في فلس ممن كان عنده أو باعه السلطان على الخالف في فلس ثم اشتراه لم يرجع عليه إلا بإيلاء ويرجع عليه إن باعه باختياره ثم اشتراه ببيع البائع له باختياره لهذه الوجوه من التهمة ووجه القول الأول أن ذلك المالك قد زال بيعه فلا يعود حكمه بالرجوع إليه كالأولى بطلاق امرأة آخر ثلاثا فطلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد ذلك وج فان الإيلاء لا يعود عليه ووجه القول الثاني أن خروج العبد من ملكه ورجوعه إليه بمنزلة تطليقة التي حلف بطلاقها واحدة ثم تزوجها قبل زوج أو بعده فان الإيلاء يعود عليه والوجه الأول أظهر لأن الطلاق الذي بقي فيها بعد ارتجاعها إنما هو من حكم النكاح الذي حلف له وملكه للعبد بعد أن باعه ليس من حكم الابتاع الأول وإنما هو حكم ثبت بالابتاع الثاني كما لو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فان ما ثبت له فيها من طلاق إنما يثبت بالنكاح الثاني فلذلك لم يتعلق به الإيلاء المتقدم عليه والله أعلم (فرع) فان كان العتق في غير معين فقال إن وطئتك فعلى عتق عبيدى فهو مولى فان قال إن وطئتك فكل مملوك أملكه مما استقبل حر فقد قال مالك في المبسوط لا يعتق عليه شيء ممن يشتريه بعد يمينه وهذا يقتضى أن يكون مولى وقد تقدم تعليقه في الإيمان والنذر (فرع) فان قال إن وطئتك فكل عبد اشتريه من الفسقاط حر قال مالك من قال كل عبد اشتريه من الفسقاط حر فإنه يلزمه عتق من يشتريه ولكن لا يكون مولى بإيلاء به بذلك حتى يشتري العبد فإذا اشتراه وقع عليه الإيلاء وطئ قبل ذلك أو لم يطأ وقال سحنون قال غيره يكون مولى لأن كل من يقع عليه الخنث بالنفي فهو مولى وهذا إذا وطئ امرأته ثم اشترى بعد ذلك عبدا من الفسقاط فإنه يعتق عليه بالإيلاء قال سحنون وقد قال ابن القاسم مثله وجه قول ابن القاسم الأول أن هذا حال لا يلزمه فيها شيء بالخنث فلم يكن مولى أصل ذلك قبل الإيلاء ووجه القول الثاني ما احتج به سحنون من أن هذه اليمين بها يقع الخنث عليه إذا خنث وهذا يقتضى كونه مولى والله أعلم (مسألة) ومن آلى بطلاق امرأة فلا يخلوها بولى بطلاق المولى منها أو بطلاق غيرها فان آلى منها بطلاقها فلا يخلوها أن يكون الطلاق الذي حلف به بائنا أو رجعيًا فان كان بائنا مثل أن يقول إن وطئتك فأنت طالق طلاقاً بائناً فهل يكون مولى أم لا قال مالك هو مولى واحتج على ذلك بأنها لو رضيت على البقاء معه دون وطء لم يطلق عليه قال ابن القاسم وكذلك عندي في كل ما لا يستطيع فعله والبر فيه مثل أن يقول والله لا وطئتك حتى أمس السباء وقال ابن الماجشون في المبسوط هذا يطلق عليه من ساعته تطليقة واحدة ولا يترك معها إلى الأجل لأنه ليس ممن يمكنه أن ينفى ولا رجعة له لأن رجعته توصله إلى الفينة لأن ما زاد من وطئه على مجاوزة الختان حرام فلا يمكن من وطء حرام والله أعلم وقد روى في المدينة زياد بن جعفر عن مالك إذا قال إن وطئتك إلى أجل كذا فأنت طالق بائناً وكان ذلك أجلاً طويلاً فإنه يفرض بينهما إذا قامت به ولا يضرب له أجل إلا بإيلاء وهذا مبني على مذهب ابن الماجشون (فرع) فإذا قلنا أنه مولى لا يجعل عليه بالطلاق فقد قال مالك يطلق عليه عند الأجل وفي المبسوط قال مالك أيضاً إن له أن يحنث فيها بالوطء فتطلق عليه بالبتة فوجه القول الأول أن الفينة ممنوع فيها وذلك مبني على أن وطءه محظور ولا يلزمها البقاء معه على الإيلاء فوجب أن يقضى عليه بالطلاق ووجه القول الثاني أن هذه

يمين معلقة بشرط فلا يقع الا بوجود ذلك الشرط وهو مبني على أن ذلك الوطء مباح غير ممنوع
(فرع) فاذا قلنا له أن يطأ فقد قال ابن القاسم له أن يتأدى حتى تنزل وأحب إلى أن لا يفعل فان فعل
لم يكن حراما قال أصبغ وذلك ما لم يكن عندى حرجا قال أصبغ وذلك ما لم يخرج فان أخرج
لم تكن العودة قال وقال ابن الماجشون اذا التقى الختانان قطع وجه القول الاول انه على حكم
الزوجة المبيحة للوطء قبل الخنث فله أن يوطئ ولا خلاف أن بالايلاج يقع الخنث الا أن ذلك لا يمنع من
الاحراج وهو نوع من الوطء فكذلك باقي الوطء حتى ينزل ووجه آخر ان لفظ الوطء الذي يقع به
حنثه ويتعلق به ايلأؤه انما ينطلق غالبا على الوطء التام دون الايلاج ووجه قول ابن الماجشون
ان اليمين فعل يتناول أقل أجزائه ويقع الخنث بأيسر جزء منه كما يقع بجميعه وذلك يقتضي أن
الايلاج يقع به الخنث وبه يقع الطلاق الثلاث فوجب أن يحرم عليه الباقي من وطئه لانه قد يصادف
امراة قد حرمت عليه بالثلاث (فرع) فان كان حلف بطلاق رجعي كالطقة والطلقتين لمن له
فيها أكثر من ذلك فالذي قاله عبد الملك في المبسوط انه ان أراد أن يطلق وينوي بمزاد من وطئه
على التقاء الختانين اللذين يقع به حنثه الرجعة مكناه من ذلك فان أبي من ذلك منع من الوطء لان
باقيه بعد الخنث حرام ومقتضى قول ابن القاسم على ما تقدم ان له أن يطأ وانما يحرم عليه استئناف
وطء آخر والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون وأبي من الرجعة ببقية وطء فقد قال
ابن الماجشون يطلق عليه ولا رجعة له مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها قال لانه قد ترك تحقيق
رجعته بأن ينوي ببقية وطئه الرجعة وقد كان له في غير المدخول بها أن يمكن من وطئها لان ما يقع به
حنثه يكمل له دخوله (مسألة) فأما ان حلف بالنبي أو الملائكة أو الكعبة أن لا يطأها أو قال هو
يهودي أو نصراني أو زان ان وطئها فهذا ليس بمول قاله مالك ومعنى ذلك عندى انه أو رده على وجه
القسم وأما لو أراد أنه مول بما قاله من ذلك أو من غيره ففي المبسوط أن ابن القاسم سئل عن الرجل
يقول لامرأته لا امرحباري بذلك الايلاء فقال قال مالك كل كلام نوى به الطلاق فهو طلاق فهذا
والطلاق سواء (مسألة) فان حلف بالله أن لا يطأها واستثنى فقال ان شاء الله فانه يكون موليا
فان وطئها فلا كفارة عليه في رواية ابن القاسم عن مالك وقال ابن الماجشون في المبسوط ليس
بمول وجه القول الأول أنه مبني على أن الاستثناء لا يحل اليمين ولكنها تؤثر في اسقاط الكفارة
لما كانت يمينه فيه منعقدة لزمه حكم الايلاء وان لم تجب عليه بالخالفه كفارة ووجه القول الثاني
ان الاستثناء يحل اليمين ويجعل الخالف كأنه لم يحلف ولذلك لا يجب عليه بالخالفه كفارة والله أعلم
(مسألة) وان حلف أن لا يجامعها سنة وقال أردت أن لا أساكنها في هذه الدار سنة ففي المبسوط
عن ابن القاسم له ذلك وانما يلزمه الايلاء اذا أتى بلفظ يمنع من الوطء وان لم يتناول الوطء فانه
لا يكون به موليا فاذا حلف أن لا يلتقي معها سنة وكان هذا يمنع الوطء كان به موليا وهذا اللفظ
يحتمل من التأويل ما تحتمل الجماعة فحكمه اذا حلف بالله أن يصدق في كفارة اليمين ويقال له
لا بد من الخروج عن هذا اللفظ الذي ظاهره الامتناع من الوطء وقد قال مالك فيمن حلف
أن لا يطأها فقال لما وقف انما أردت أن لا أطأها بقدمي انه يقال له جامعها حتى يعلم أنك تريد الايلاء
وأنت في الكفارة أعلم قال ابن القاسم والذي حلف أن لا يجامعها مثله * قال القاضي أبو الوليد
رضي الله عنه وعندى انها ان كانت يمينه بطلاق غيرها أن لا يصدق في ذلك لان ظاهر لفظه يقتضي
الجماع والله أعلم (مسألة) وقوله لم يقع عليه طلاق وان مضت الأربعة الاشهر يريد ان ما زاد على

الأربعة الأشهر فهو مدة الإيلاء الشرعي وبه قال الشافعي وروى عن ابن عمر أنه قال كل مدة مقدره
وان طالت فليست بمدة للإيلاء الشرعي وإنما يكون إيلاء إذا علقه للابد والدليل على ما نقوله قوله
تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ولم يفرق بين أن يكون إيلاؤه لمدة مقدره أو
مؤبد فهو على عموميه وقال أبو حنيفة أن مدة الإيلاء أربعة أشهر فإذا خلا في بيننا وبينه في
الأربعة الأشهر والكلام بيننا وبينه في ذلك مبنى على أنه بنفس انقضاء المدة عنده يقع عليه
طلقة الإيلاء وعنده لا بد أن يوقف بعد أربعة أشهر وسأيت ذكره أن شاء الله تعالى (مسئلة)
أثبتت أن مدة الإيلاء أربعة أشهر فإن ذلك على ضربين أحدهما أن يكون إيلاء محض يقتضي
المنع من وطئها كقوله والله لا وطئتك أبدا سنة فهذا أول الأربعة الأشهر يوم يمينه والضرب
الثاني أن لا يتناول يمينه المنع من الوطء ولكنها تؤدى إلى ذلك مثل أن يقول أنت طالق إن لم أكلم
فلانا أو أن لم أدخل الدار فهذه اليمين لم تتناول تحريم الوطء ولكنها تفضي إلى تحريم الوطء لأنه لما
كانت صورة حاله بعد اليمين صورة الحائض وجب أن يمنع الوطء حتى يبرأ بأن يكلم فلانا أو يدخل
الدار وإذا امتنع من وطئها كان لها المطالبة بذلك لأنه ممنوع من وطئها بسبب يمينه فيضرب له أجل
الإيلاء وأول الأربعة الأشهر من يوم يرفعه إلى الحاكم فيرى في ذلك ضرب الأجل ويضرب به له والله أعلم
(مسئلة) ولو حلف وقال أنت طالق إن كملت فلانا لم يمنع من وطئها ولم يدخل عليه إيلاء لأن حاله
بعد يمينه حال برلانه أن تمادى عليه كان بارأ أبدا والله أعلم وهذا مذهب على وجاعة من الصحابة وبه
قال الشافعي وحكى أحمد بن المغنل عن ابن الماجشون أنه قال قال به مالك وقال به فيما بلغنا بضعة عشر
من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة بمضى الأجل تقع عليه طلقة واحدة وروى
ذلك عن ابن مسعود والدليل على ما نقوله قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر
فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فوجه الدليل من الآية أنه
عز وجل جعل الأربعة الأشهر حقا لتربص الزوج وما كان حقاله لم يكن محلا للحق الذي عليه وهو
الفيئة أو الطلاق كاجل الدين ودليلنا من جهة القياس ان هذا اللفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل
فلم يقع به طلاق مؤجل أصل ذلك إذا حلف على الامتناع من وطئها أقل من أربعة أشهر
(فصل) وقوله حتى يوقف فاما أن ينفى وإما أن يطلق يقتضي معنيين أحدهما طلب الزوجته
بذلك لأنه حق من حقوقها لانها لو رضيت بالمقام معه على مقتضى يمينه لم يكن لأحد عليها في ذلك
اعتراض وليس على الامام اذا لم تأت المرأة أن يرسل اليه فيوقفه لعلها أن ترضى بذلك قاله ابن أبي
حازم في المدينة (مسئلة) قال أشهب عن مالك وليس هو من ذلك في حل الآن ترك له ذلك
وقالت لا حاجة لي بإيقافه فهو حق تركته الآن لها أن ترجع فيه متى شاءت وان طال الزمان فيوقف لها
مكانه وقال أصبغ ونحلف ما كان تركها على التأيد الأعلى أن تنتظر ثم يوقف مكانه دون أجل وهذا
الذي قاله أصبغ مخالف لقول مالك لان الصبر على الضرر لا يلزم الزوجة اذا كان مما يثبت له الخيار
كالرضى بالآثرة (مسئلة) وهذا اذا كانت حرة فان كانت أمة وأرادت الصبر على ترك الوطء
فلسيد ياقافه رواه ابن القاسم عن مالك في العتية ووجه ذلك ما احتج به أصبغ في ثمانية أبي زيد أنه
ليس للزوج أن يعزل عنها وان رضيت بذلك الا باذن السيد فتركه جميعا أشد أن لا يكون له ذلك الا
بأذنه قال أصبغ وان رضى السيد بترك الوطء ولم ترض بذلك الأمة لم يكن لسيد هذا ذلك وكان لها
القيام ومطالبة الزوج وتوقيفه لان لها حق في ذلك

(فصل) والثاني ان ذلك انما يكون عند الامام أو الخاكم فهو الذي يوقفه ويحكم عليه بما يؤديه اليه اجتهاده فانه حكم مختلف فيه فاما يجتهد في انفاذه من له ولاية حكم فاذا رأى التوقيف فان توقيفه انما هو لينى الى ما كان عليه قبل ايلائه والفيئة الرجوع قال الله تعالى حتى تنفى الى امر الله أى ترجع أو تطلق ان امتنع من الفيئة لانه ليس له الاضرار وقد روى ان هذه الآية انما نزلت في المشركين كان الرجل منهم اذا كره المرأة وعنت عليها آلى منها ثم يتركها معلقة لاهى ذات زوج ولاهى مطلقة فيتزوج يريد بذلك الاضرار بها فأنفع الله من ذلك وجعل للزوج مدة أربعة أشهر في تأديب المرأة بالمجر لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع وقد آلى النبي صلى الله عليه وسلم من نسائه شهرا وقد قيل ان الأربعة الأشهر هي المدة التي لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثرها وروى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد

ألا طال هذا الليل واسود جانبه * وأرقنى اذ لا خليل إلا عبه
فوالله لولا الله تخشى عواقبه * لزغزع من هذا السرير جوانبه
مخافتي والحياء يكفنى * وأكرم زوجي أن تنال مراكمه

فاما كان من الغدا استدعى عمر تلك المرأة فقال لها أين زوجك فقالت بعثت به الى العراق واستدعى نساء وسألن عن المرأة كم مقدار ما تصبر المرأة عن زوجها فقلن شهرين ويقل صبرها في ثلاثة ويفقد صبرها في أربعة فجعل عمر مدة غزو الرجل أربعة أشهر فاذا مضت أربعة أشهر استرد الغازين ووجهه يقوم آخرين وهذا والله أعلم يقوى اختصاص أجل الايلاء بأربعة أشهر (مسألة) اذا ثبت ذلك فان لم يرفعه ساعة تنقضى الأربعة الأشهر وقد بقي من المدة التي تناولتها يمينه لمنع الوطء مدة فروى أشهب عن مالك في العتبية اذا حل الأجل فرفعته وقف مكانه فاما فاء في مجلسه ذلك والاطلقت عليه ووجه ذلك ان المدة المضروبة له التي فيها الخيار والارتياح والنظر والمشورة انقضت فليس له أن يزاو جلا على ما ورد الشرع به لأن ذلك اضرار بالمرأة (مسألة) والمرأة بعد التوقيف وامتناعه من الفيئة أن تصبر على ذلك قبل أن تطلق عليه ووجه ذلك أن توقيفها له ليس بطلاق وكذلك امتناعه من الفيئة ليس بطلاق وانما يثبت الخيار للزوجة خاصة فان رضيت المقام على ذلك والا كان لها المطالبة بالفراق

(فصل) وقوله فاما أن ينفيء واما أن يطلق عليه يريد أن ينفيء الى الوطء الذي حلف على الامتناع منه فان أبى الفيئة حكم عليه بالطلاق سواء كان له عذر مرض أو سجن أو غير ذلك لكن اشارة بالطلاق يستوفى منه حال العذر فوجب أن يحكم عليه بالطلاق (مسألة) ومن ذا الذي يوقع الطلاق الظاهر من المذهب أن الخاكم يأمر بإيقاع الطلاق فان أوقعه كان على حسب ذلك وان أبى من ايقاعه مع امتناعه من الفيئة فقد قال مالك في المبسوط ان الامام يلزمه ذلك طائعا أو كرها وروى أحمد بن المعذل عن ابن الماجشون يأمره الامام بطلاقها ان لم يرد الفيئة فان طلق والا يطلق عليه الامام (فرع) فان كان به عذر فلم يف في المدونة يطلق عليه السلطان ووجه ذلك أن ايقاع هذا الطلاق معين عليه من جهة الخاكم لا نقضاء أجل الايلاء المقرر بالشرع ولا يمنع ذلك من أن ترثه اذ اقامت في عدتها (فرع) فان كانت حائضا في المدونة من رواية يحيى بن محمد السبائي عن مالك يطلق عليه ان أبى من الفيئة وان كانت حائضا وروى عن ابن القاسم لا يطلق عليه حال الحيض في شيء الا في الايلاء وروى أشهب عن مالك لا يطلق عليه حال الحيض وسيأتي بيان ذلك ان شاء

الله تعالى (مسألة) فاذنبت ذلك فلا يخلو أن يكون الزوج المولى يوم انقضاء الأجل وقيام الزوجة عليه غائباً أو حاضراً فان كان غائباً غيبة قريبة كتب اليه في ذلك الموضع ليفي أو يطلق وان كان غائباً غيبة بعيدة في المبسوط عن ابن الماجشون ان كان غائباً بعد انقضاء أجل الإيلاء طلق عليه ولا يجعل الامام له أجلاً غير الذي جعل الله له فليس له أن يحتال في تغيير أجل الله تعالى (فرع) فاذا قلنا ان في الغيبة القريبة يكتب اليه فيها فان كان بينه وبينها مسيرة شهرين ففي المدونة عن مالك لا ينفذ عليه الطلاق حتى يكتب الى ذلك الموضع فجعل الشهرين في حين القرب (مسألة) وان كان حاضراً أو أراد سفره بعيداً فقد قال ابن القاسم في العتية ان أراد السفر قبل محل الاجل بيوم أو يومين وقامت امرأته في ذلك منعه الامام من السفر حتى يحل الاجل وان أبي عرفه أنه يطلق عليه فان خرج وطلبت المرأة ذلك عند الاجل طلق عليه وان لم ترفع خبره حتى سافر لم تطلق عليه حتى يكتب اليه ليفي أو يطلق وقال ابن كنانة ان كان مقرباً بالإيلاء لم يحبس واذا حل الاجل طلق عليه وقال أصبغ في العتية اذا أراد المولى سفره بعيداً قيل له وكل من يفي لك عند الاجل أو يطلق عليك ومن فيته وكيله أن يكفر (مسألة) فان كانت حائضاً وأراد الفيتة قبل ذلك منه وعذر ببعضها في باب الجلاء للمريض رواء عيسى بن دينار عن ابن القاسم وابن كنانة وهو في المدونة عن مالك (مسألة) وان كان غائباً غيبة قريبة مما يكتب اليه فيها فقال أنا أريد الفيتة قبل ذلك منه فان كانت يمينه مما تكفرا استدلى على صحة فيثته بان يكفر عن يمينه قال مالك ولم تعرف فيثته الا بالكفارة فان كانت يمينه مما لا يمكنه أن يكفرها في موضعه ذلك قبل منه في الفيتة حتى يقدم فان وطئ والاطلقت عليه (مسألة) وان كان حاضراً مقرباً فلا يخلو أن يكون له عذر من سجن أو مرض أو تكون حائضاً ولا يكون له عذر فان كان عذر من مرض أو سجن ففي المدونة من قول ابن أبي حازم وابن دينار أن حكمه حكم المسافر على حسب ما تقدم في القريب الغيبة الذي يكتب ويحسب الى الفيتة وقال ابن الماجشون في المبسوط لا يوقف ويدعى الى ما لا يقدر عليه ولا يجعل عليه بطلاق ولكنه يمهل مادام لا يقدر على الفيتة للمرض أو للسجن والقول المتقدم مبنى على جواز الكفارة قبل الحنث وقول ابن الماجشون مبنى على منع التكفير قبل الحنث وقد اختلف في هذا قول مالك (مسألة) فان كانت حائضاً لم يوقف لها حتى تطهر قاله ابن الماجشون في المبسوط وقال ابن القاسم وابن كنانة في المدينة انه يوقف الا ان فاء حكمه حكم المريض وقد تقدم توجيه القولين (فرع) فاذا قلنا تجزئه الكفارة قبل الحنث فكانت الرقبة التي حلف بها معينة أو المال الذي حلف بصدقه معيناً فانها تجزئه قاله مالك وابن القاسم (فرع) فان كانت الرقبة غير معينة أو صدقة بقدر من المال غير معين أو كانت يمينه بالله عز وجل فكفر قبل الحنث في الموازية عن مالك تجزئه وبعد الحنث أحسن وفي المبسوط عن مالك لا يرثه ذلك من الإيلاء حتى يطلأني أخاف أن يكون كفر عن غيرها وقال محمد بن يزيد في الاحكام وزوال حكم الإيلاء عنه وأما فيما بينه وبين الله فيجزئه أن يكفر قبل الحنث ومعنى ذلك ما قاله مالك رحمه الله تعالى فيما تقدم أنه اذا لم تكن كفارة الإيلاء معينة جوزنا عليه قصد الاضرار وان يعتق ويكفر عن معين متقدم وجب عليه ولا يكفر عن إيلائه بل يبقيه اضرارها هذا وجه رواية المنع وأما رواية الجواز فانه أقصى ما يمكنه في ذلك والتمه في مثل هذا تبعد لأنه ان كان له عذر فالعذر وحده يمنع تعجيل الطلاق عليه فكيف اذا قارنته الكفارة وان كان لا عذر له طوب بالوطء الذي يصح كون هذه الكفارة للإيلاء والله

وحدثني عن مالك عن

ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته انها اذا مضت الاربعة

الاشهر فهي تطليقة ولزوجها عليها الرجعة ما كانت في العدة * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن مروان بن الحكم كان يقضي في الرجل اذا آلى من امرأته انها اذا مضت الاربعة الاشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها * قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الاربعة الاشهر ثم راجع امرأته انه ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له اليها ولا رجعة له عليها الآن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه اياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فانه ان لم يصباح حتى تنقضي الاربعة الاشهر وقف أيضا فان لم يفيء دخل عليه الطلاق بالايلاء الأول اذا مضت أربعة أشهر ولم يكن له عليها رجعة لأنه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسه فلا عدة له عليها ولا رجعة * ش وهذا كما قال ان من وقف بعد أجل الايلاء فيطلق فان له أن يراجع وقال أبو حنيفة طلاق المولى طلاقه بآئته والدليل على ما نقوله انه طلاق في المدخول بها عرا عن العوض ولم يستوف العدة فوجب أن لا يكون بائنا أصل ذلك سائر الطلاق (فصل) وقوله ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل اليها ولا رجعة له عليها يريد ان اصابتها شرط في صحة رجعتة وقال الشافعي رجعتة صحيحة وان لم يصباح والدليل على ما نقوله انه انما يطلق عليه لا متناعه من الوطء مع بقاء الايلاء وهذا المعنى موجود في حال الرجعة فاذا كان يهدم النكاح الذي صح وتقرر حكمه وثبت فبان يمنع صحة الرجعة أولى وانما يدعى بالرجعة للفيئة فاذا كذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة بطلت الرجعة ولم يثبت لها حكم (مسألة) فلو كانت مستحاضة فحقت

أعلم (مسألة) فان كان مقبلا خاليا من عذر فقال أنا في فقاء بلسانه وهو يقدر على الكفارة قال مالك يجتبر المرة والمرة فان فاء والاطلاق عليه (مسألة) فان كان أجل الايلاء مما يضر به الحاكم وانقضى الاجل ولم يفعل ما أدخل عليه الايلاء في المدينة من رواية زياد بن جعفر عن مالك اذا انقضى الأجل ولم يقضه حقه فرق بينهما ولا يقبل منه أن يقول غدا أقضيه وبعد غد أقضيه ووجه ذلك أنه أجل للايلاء كالمقدر بالشرع

(فصل) وقوله فاما فاء والاطلاق عليه والفيئة للمفك من الوطء انما هي بالوطء أو بالكفارة فاما الوطء فلا يجزئ منه ووطء في غير الفرج ولا تقبيل ولا ملاسة قاله مالك وقد قال انه ان حلف أن لا يوطئ امرأته ولم ينو الفرج فانه يحث اذا ووطئ بين الفخذين ولا خلاف انه اذا آلى بما يحث به فقد بطلت يمينه واذا بطلت يمينه لم يبق ايلاء وما يمكن أن يتعلق به من أنه أراد الفرج أو لم يرده مصر ووف الى نيته وهو أعلم بما يجب عليه فيه كفارة فاما فاء يمينه وبين الزوج فله يخرج عن حكم الايلاء لانه يدعي أنه لم يرد الفرج فلا تقبل نيته في اسقاط حكم الايلاء عن نفسه وتقبل في ايجابه الكفارة على نفسه كما أنها لو كانت يمينه بالله فكفر عن يمينه بزعمه لم يقبل ذلك منه فإيما بينه وبين الزوجة وبالله التوفيق ص * مالك عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب وأبا بكر بن عبد الرحمن كانا يقولان في الرجل يولي من امرأته انها اذا مضت الاربعة الاشهر فهي تطليقة وله عليها الرجعة ما دامت في عدتها قال مالك وعلى ذلك كان رأى ابن شهاب * ش أظهر مالك رحمه الله خلاف العلماء لا اختاره من التوقيف بعد الاربعة الاشهر وأورد أقوال العلماء في ذلك بخلاف ما اختاره من بانقضاء الاربعة الاشهر تنفع تطليقة سواء أراد الفيئة بعد ذلك أو لم يرد ها وهذا افضل مثله من أهل الدين والفضل والتوسع في العلم وذلك يقضي ما حكى عنه شيوخنا انه وان كان يعتقد ان الحق في أحاديث القولين الا أنه لا يقطع بان اختياره هو الصواب وانما يعتقده ان ما اختاره هو الصواب كما ان الحاكم يحكم بشهادة الشاهدين وان لم يقطع انها قد شهدا بالحق لزمه الحكم وبالله أعلم ص * قال مالك في الرجل يولي من امرأته فيوقف فيطلق عند انقضاء الاربعة الاشهر ثم راجع امرأته ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل له اليها ولا رجعة له عليها الآن يكون له عذر من مرض أو سجن أو ما أشبه ذلك من العذر فان ارتجاعه اياها ثابت عليها فان مضت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك فانه ان لم يصباح حتى تنقضي الاربعة الاشهر وقف أيضا فان لم يفيء دخل عليه الطلاق بالايلاء الأول اذا مضت أربعة أشهر ولم يكن له عليها رجعة لأنه نكحها ثم طلقها قبل أن يمسه فلا عدة له عليها ولا رجعة * ش وهذا كما قال ان من وقف بعد أجل الايلاء فيطلق فان له أن يراجع وقال أبو حنيفة طلاق المولى طلاقه بآئته والدليل على ما نقوله انه طلاق في المدخول بها عرا عن العوض ولم يستوف العدة فوجب أن لا يكون بائنا أصل ذلك سائر الطلاق

(فصل) وقوله ان لم يصباح حتى تنقضي عدتها فلا سبيل اليها ولا رجعة له عليها يريد ان اصابتها شرط في صحة رجعتة وقال الشافعي رجعتة صحيحة وان لم يصباح والدليل على ما نقوله انه انما يطلق عليه لا متناعه من الوطء مع بقاء الايلاء وهذا المعنى موجود في حال الرجعة فاذا كان يهدم النكاح الذي صح وتقرر حكمه وثبت فبان يمنع صحة الرجعة أولى وانما يدعى بالرجعة للفيئة فاذا كذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة بطلت الرجعة ولم يثبت لها حكم (مسألة) فلو كانت مستحاضة فحقت

بعد رجعتها أر بعة أشهر لم يوقف ثانية وانما ينتظر به انقضاء العدة فان وطئ فيها والابطلت رجعتها وان كان بقي من مدة العدة شيء وان انقضت مدة العدة قبل العدة صح رجعتها وان لم يوطأها في العدة قاله مالك (مسئلة) فان قال الزوج قد وطئها وقالت الزوجة انه لم يوطأها فقد قال مالك القول قول الزوج ووجه ذلك انه متى ادعى الزوج الوطء ليدفع به الفرقة فالقول قوله كالمعتض (فرع) ومعنى ذلك أن لا يكون له عذر فان كان له عذر من مرض أو سجن أو سفر فان رجعتها ثابتة عليها فاذا زال العذر بقدمه من سفره أو افاقته من مرضه أو انطلاقه من سجنه فكأنها وطئها في الوطء ففرق بينهما ان كانت العدة قد انقضت قاله مالك في المدونة والمبسوط وقال عبد الملك وتكون بانئامه من يوم انقضت العدة ووجه ذلك ما قدمناه من مراعاة عذره وأن يكون ما تقدم من الحكم في ذلك مراعاة فان صدق عذره بالفيئة اذا ما كنه حكم بصدقه فيما مضى وان أكذب ما دعاه من الفيئة فلا متناع حين القدرة عليها حمل أمره على الكذب فيها والرد وأما مضيت الاحكام على ما كانت تجب في ذلك الوقت (فرع) قال مالك ولا عدة عليها الآن قال ابن القاسم وحمل ذلك عندى ان زوجها لم يخل بها في العدة فان خلاها في العدة فعليها عدة الا زواج ولا رجعة له عليها فيها بمنزلة زوج خلا بزوجه وتقرار على انه لم يصبا ثم يطلقها فان عليها العدة للزواج ولا رجعة له عليها ص **قال مالك في الرجل يولى من امرأته فيوقف بعد الاربعة الا شهر فيطلق ثم يرتجع ولا يسها فتقضى أر بعة أشهر قبل أن تنقضى عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانها ان أصابها قبل أن تنقضى عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها قال مالك وهذا أحسن ما سمعت في ذلك **ش وهذا كما قال انه اذا طلق عليه لامتناعه من الفيئة فارتجع في العدة فانه لا يوقف مرة أخرى غير التوقيف الأول ولا يطلق عليه طلاق آخر وانما يكون أمره مراعى فان مس في العدة صح رجعة وبطل الايلاء لوجود الخنث فيه وان لم يوطأ في العدة مع ارتناع الموانع بطلت الرجعة وقال الشافعي ان راجع في العدة قضت أر بعة أشهر ولم يوطأ وقف مرة أخرى فان فاء والطلقت عليه طلاقاً ثانية فان ارتجع وفعل فحسب ذلك من التوقيف والطلاق حتى يكمل ماله فيها من الطلاق والدليل على ما نقوله ما أتى ذكره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ولو أتى الفيئة فطلقت عليه فزوجهها بعد انقضاء العدة فأرادت أن توقفه ثانية فان لها أن توقفه بعد أر بعة أشهر من يوم تزوجه الزوج الثاني ووجه ذلك ان الايلاء ينعقد قبل النكاح كما ينعقد في الاجنبية لكن الار بعة لأشهر لا يعتد بها الا من مدة الزوجية فن آلى من اجنبية ثم تزوجهها اعتد بأر بعة أشهر من يوم تزوجهها وهو من يوم يمكنه الاستمتاع بها ويجب لها عليه حق الزوجية من الجماع وغيره فاما قبل ذلك فانه لا يجوز وطؤها ولا يتعلق لها عليه بذلك حق فاذا طلقها وخرجت العدة بطل حكم الار بعة الأشهر لان المطالبة بالوطء لا تصح فاذا تزوجهها بعد ذلك عاد حكم الأشهر لما قدمناه (فرع) فاذا لم يبق بعد انقضاء الأشهر طلقته عليه ولم يكن له عليها رجعة لانه طلاق في نكاح ثم يوجد فيه بناء فوجب أن يكون بانيا (مسئلة) ومن أتى الفيئة بعد انقضاء الأشهر فطلقت عليه فزوجهها بعد انقضاء عدتها وقديق عليه من مدة يمينه أشهر فلما تزوجه أراد أن توقفه قال مالك ليس لها ذلك لان هذا نكاح مستأنف وانما عاد عليه الايلاء من أوله فليس لها أن توقفه حتى تمضي أر بعة أشهر منه وهو باق على حكم يمينه ولو لم يبق من مدة يمينه الا أر بعة أشهر فادى لم يكن عليه ايلاء والله أعلم وأحكم ص **قال مالك في الرجل يولى من امرأته ثم يطلقها فتقضى الار بعة الأشهر قبل انقضاء عدة الطلاق قالها مطلقتان ان هو وقف ولم يبق وان مضت******

قال مالك في الرجل يولى من امرأته فيوقف بعد الاربعة الا شهر فيطلق ثم يرتجع ولا يسها فتقضى أر بعة أشهر قبل أن تنقضى عدتها انه لا يوقف ولا يقع عليه طلاق وانها ان أصابها قبل أن تنقضى عدتها كان أحق بها وان مضت عدتها قبل أن يصيبها فلا سبيل له اليها وهذا أحسن ما سمعت في ذلك **قال مالك في الرجل يولى من امرأته ثم يطلقها فتقضى الار بعة الا شهر قبل انقضاء عدة الطلاق قالها مطلقتان ان هو وقف ولم يبق وان مضت**

عدة الطلاق قبل الأربعة أشهر فليس الإيلاء بطلاق وذلك أن الأربعة أشهر التي كانت يوقف بعدها مضت وليست له يومئذ امرأة * ش وهذا كما قال وذلك أن المولى منها يصح إيقاع الطلاق عليها لانها زوجة ولا يبطل طلاقه حكم الأشهر لانه طلاق رجعي يلحق فيه الطلاق والظهار فلحق فيه حكم الإيلاء فإذا انقضت الأشهر وهي في عدتها انها توقفه ان شاءت وإذا كان لها ان توقفه فان فاء حكم النسيئة أن يرجع فيطأ فان لم يفعل ذلك طلقت عليه بالإيلاء وكانت مع الطلقة التي أوقفها تطليقتين على ما ذكرنا في المبسوط فإذا أوقفه الإمام فلا بد أن ينفى أو يطلق بعد ولا يجزى عنه ماضى من الطلاق والله أعلم (مسئلة) وقوله فان مضت عدة الطلاق قبل الأربعة أشهر فليس الإيلاء بطلاق يريدان الطلاق الذي أوقفه ان انقضت عدته قبل انقضاء الأشهر فقد بطل حكم الأشهر لانها قد بان منه ولم يبق لها عليه حق مطالبته بوطء ولذلك قال وليست له امرأة يريد بذلك ما قلناه ص * قال مالك ومن حلف أن لا يوطأ امرأة يوماً أو شهراً ثم مكث حتى ينقض أكثر من الأربعة أشهر فلا يكون ذلك إيلاءً إنما يوقف في الإيلاء من حلف على أكثر من الأربعة أشهر فاما من حلف أن لا يوطأ امرأة أربعة أشهر أو أدنى من ذلك فلا يرى عليه إيلاء الا انه اذا جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه ولم يكن عليه وقف * ش وهذا كما قال ان من حلف أن لا يوطأ امرأة أربعة أشهر فادونها لم يلزمه حكم الإيلاء وقال أبو حنيفة من حلف على أربعة أشهر فزاد الزمان الإيلاء وقال الثوري والحسن وابن سيرين من حلف أن لا يوطأ زوجته يوماً أو أقل من ذلك أو أكثر ثم تركها دون أن يوطأها أربعة أشهر فقد بان منه بالإيلاء والدليل على صحة ما نقوله ان له ربص أربعة أشهر فاذا انقضت العدة التي منعت يمينه من الوطء فيها قبل وقت التوقيف لم يجب أن يوقف لان يمينه لم يتناول المنع من الوطء في هذه المدة فكان بمنزلة من لم يحلف فلم يزل توقفه ولذلك قال مالك لانه اذا جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه يريدان المدة التي تناولتها يمينه قد انقضت فلم يكن عليه توقيف (مسئلة) ومن حلف أن لا يوطأ امرأة حتى يقضى غريمه حقه أو يفعل كذا كان ذلك النفل مما يقرر عليه ولا يقرر عليه فهو مولى في ذلك كله قاله مالك في المبسوط ووجه ذلك عندي انه قد حلف يميناً يمنع وطأها ولا يصل الى ذلك الا بحث فيها فوجب عليه حكم من عمل أو غرم مال كالمولى حلف أن لا يوطأها جملته قال مالك في المدينة اذا زاد على الأربعة أشهر وقف فاما ما طلق (مسئلة) ومن حلف أن لا يوطأ امرأة حتى يخرج الى الحج أو الى بلد يتكف فيه سفر قريباً أو بعيداً فقد قال ابن القاسم في الذي يقول والله لا أطوؤك في هذا المصر أو في هذه البلدة فهو مولى لانه قال لا أطوؤك حتى أخرج منها فاذا كان خروجه يتكف فيه المؤنة والكنة فهو مولى ومعنى ذلك والله أعلم أن يريد به الانتقال والخروج بها الى موضع تلحقه مؤنة ونفقة بالانتقال اليه وأما لو أراد به الخروج من نفس حضرته الى موضع يقرب منها كالخروج الى جنته أو مزرعته القريبة فهذا بمنزلة قوله والله لا أطوؤك حتى أكلم فلانا وفلان حاضر وحنى أدخل الدار والدار قريبة المكان منه (فرع) فان كانت مسافة السفر أكثر من أربعة أشهر طلقت عليه عند انقضاء الأربعة أشهر ولم يخير ولم ينتظر اذا طلبت ذلك (مسئلة) ومن حلف أن لا يوطأ امرأة في هذه السنة الا مرة واحدة قال ابن القاسم لا يكون مولى ما لم يوطأها ظناً وطناً وتبقى عليه من السنة أكثر من أربعة أشهر فانه يكون مولى وروى عنه ابن المواز رواية ثانية انه اذا مضت له أربعة أشهر من وقت يمينه وقف فاما ان ينفى والاطلقت عليه قال وهذا أحب إلينا (مسئلة) ومن حلف أن لا يوطأ امرأة كذا

عدة الطلاق قبل الأربعة
الأشهر فليس الإيلاء
بطلاق وذلك أن الأربعة
الأشهر التي كانت يوقف
بعدها مضت وليست له
يومئذ امرأة * قال مالك
ومن حلف أن لا يوطأ امرأة
يوماً أو شهراً ثم مكث حتى
ينقض أكثر من الأربعة
الأشهر فلا يكون ذلك
إيلاءً وإنما يوقف في الإيلاء
من حلف على أكثر من
الأربعة أشهر فاما من
حلف أن لا يوطأ امرأة
أربعة أشهر أو أدنى من
ذلك فلا يرى عليه إيلاء
الا انه اذا دخل الأجل الذي
يوقف عنده خرج من
يمينه ولم يكن عليه وقف

وكذا وطأة روى عيسى عن ابن القاسم هو مول وأجله من يوم حلف ووجه ذلك انه يحث بوطئه واحدة منها ص **قال مالك** من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تطفم ولدها فان ذلك لا يكون ايلاء وقد بلغني ان علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ذلك فلم يره ايلاء **ش** قوله من حلف أن لا يطأ امرأته حتى تطفم ولده لا يكون ايلاء هو قول مالك وقدرناه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعنى ذلك انه ليس بالايلاء الذي يثبت به حكم الايلاء من توقيف الزوج عند انقضاء أربعة أشهر وان كان اسم الايلاء يقع عليه لانه لا خلاف انه لف والحلف هو ايلاء بكل حالف مول من جهة اللغة الا ان المولى الذي يلزمه التوقيف هو الذي وجد منه الايلاء الشرعي هو قول مالك وأحد قولي الشافعي وله قول آخر انه مول ولا اعتبار برضاع الولد وبه قال أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان الايلاء الشرعي تعتبر فيه معان قرررها الشرع من أن يكون الحالف انما قصد الاضرار بالزوجة في ذلك لان الله تعالى قد منع من امساك النساء على وجه الاضرار بهن فقال عز وجل ولا تمسكوهن ضرارا تعتدوا ويعرف ذلك ويقضى عليه به اذ لم يكن ثم وجه منفعة ولا مانع من الوطء والحالف لا يطأ حتى يطفم ولده لان لولده منفعة في ترك وطء أمه التي ترضعه ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لقد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت أن فارس والروم تفعله والغيلة عند مالك أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع فهو وان كان لم يمه عنه قد نبه بقوله هذا على انه مما يخاف ضرره وانما ترك النهي عنه على وجه من التوكيد لان ضرره ليس بلازم وهذا انما هو اذا كانت الأم ترضعه ولو كانت لا ترضعه وانما يرضعه غيرها لكان عندى حكمها حكم من لا ولدها فاذا كان لتركه الوطء وجه منفعة سقط عنه حكم الايلاء المتعلق بالضرر ولذلك قلنا انه من منعه من وطئها مرض أو سجن أو مانع يعلم سقط عنه حكم الايلاء حتى يزول عنه ذلك المانع والله أعلم (مسئلة) ومن حلف لامرأته التي ترضع ولده أن لا يطأها سنتين وقال أردت بذلك كمال ارضاع ففي المبسوط عن ابن الماجشون ذلك له ولا يلزمه توقيف ومعنى ذلك انه مول لانه قد يتعلق بمينه بالضرر ان مات ابنه قبل انقضاء السنتين أو فطم قبل ذلك وانما الذي لا يكون به موليا من حلف أن لا يطأ حتى يطفم لانه لا يتعلق بمينه بالضرر على وجه وأما من ضرب لذلك مدة من الزمان فحكمه ما تقدم بمينه فلزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر ووزان مسئلة الرضاع من مسئلة المريض أن يحلف أن لا يطأ مادام مريضا فهذا يجب أن لا يلزمه توقيف كما أن والد الرضيع لو حلف أن لا يطأ أكثر من عامين لعلم اضراره بمينه ولزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر من وقت يمينه وتكون فيئته بالقول عند التوقيف يصدق ذلك فيئته عند انقضاء الرضاع (فرع) فان مات ابنه وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر ففي المبسوط عن ابن الماجشون يلزمه حكم الايلاء من يوم مات ابنه فاذا انقضت أربعة أشهر من ذلك اليوم وقف ووجه ذلك أنه قد تبين أن يمينه تناولت الاضرار بالزوجة فاعتد بمدة التربص له من يوم لم يبق لمينه وجه غير الضرر كما لو حلف أن لا يطأ أجنبية ثم تزوجها لكانت مدة التربص من يوم تعلقت بمينه بالضرر وكان لها حق المطالبة بالوطء (مسئلة) ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر قال القاضي أبو محمد وعرف ذلك منه وطالت المدة أن حكمه حكم المولى وقال مالك لا يترك وذلك ان لم يكن له عذر حتى يطأ أو يفرق بينهما قال القاضي أبو محمد يفرق بينهما من غير ضرب أجل ووجه ذلك عندى انه ليس هناك مانع من يمين ولا غيرها فلم يضرب له أجل تربص والمولى يمنع اليمين التي تلزمه فضررب له أجل أربعة أشهر ليرى ويتسبب في الخروج عن اليمين التي

قال مالك من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تطفم ولدها فان ذلك لا يكون ايلاء وبلغني أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه سئل عن ذلك فلم يره ايلاء

لزمته وقد قال مالك وأصحابه في المريض يولي من أمر أنه يوقف عند انقضاء أربعة أشهر فإن فاء بلسانه أجزأه ذلك حتى يفيق والفرق بينه وبين والد المرضع أن والد المرضع لرضاع ولده غاية معلومة فدخلق يمينه بها فكأنه حلف على مدة الرضاع والمريض ليس لمرضه مدة مؤقتة فإذا علق يمينه بمدة تزيد على أربعة أشهر فقد قصد الأضرار

﴿ إيلاء العبد ﴾

ص * مالك أنه سأل ابن شهاب عن إيلاء العبد فقال هو نحو إيلاء الحر وهو عليه واجب وإيلاء العبد شهران * ش قوله إيلاء العبد نحو إيلاء الحر وهو عليه واجب يريد أنه نحو إيلاء الحر في لزومه حكم الأيمان واعتباره مدة التربص والتوقيف عند انقضائها مع بقاء اليمين فإن فاء والاطلاق عليه وجهه ذلك أن إيلاءه تعلق بالمنع من الوطء عارياً عن العذر والمذمة مدة تزيد على مدة التربص (فصل) وقوله وإيلاء العبد شهران هو قول مالك سواء كانت تحت حرة أو أمة وقال أبو حنيفة إيلاء العبد من الأمة شهران ومن الحرة أربعة أشهر وقال الشافعي إيلاءه منهما أربعة أشهر والدليل على ما نقله ما استدلل به القاضي أبو محمد أن مدة الإيلاء تتعلق بها حكم اليمين فوجب أن لا يساوى فيه الحر والعبد أصل ذلك الطلاق (مسألة) وإن آلى العبد ثم عتق مكانه بقي على حكم إيلاء العبد ولم ينتقل عن ذلك بان عتق بعد أن لزمه ووجب عليه كما أنه لو زنى في حال الرق ثم أعتق لم ينتقل عنه عن حد العبد إلى حد الحر

﴿ إيلاء العبد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
أنه سأل ابن شهاب عن
إيلاء العبد فقال هو نحو
إيلاء الحر وهو عليه واجب
وإيلاء العبد شهران
﴿ ظهار الحر ﴾

﴿ ظهار الحر ﴾

الظهار هو وصف المظاهر من محل له وطؤها من زوجة أو أمة بأنها عليه كظهاره وله في الشرع ألفاظ وأحكام تختص به قال مالك في المبسوط الظهار يمين تكفر وفي المدونة أن مطلق الظهار ليس بيمين وإنما يكون يميناً إذا قال ان فعلت كذا فأنت على كظهاره وأمه والظهار محرم قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وأنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً في الآية دليلان أحدهما إنكار ما قالوا وتكذيبه والثاني أنه وصفه بأنه منكرو زور قال القاضي أبو اسحاق ومن ظاهر أدب لقوله المنكر وألزمه (مسألة) والظهار تحريم الوطء المباح من الزوجة والأمة وهل يحرم عليه الاستمتاع بالقبلة والنظر والمباشرة وغير ذلك اختلف أصحابنا في ذلك فقال مالك في المدونة لا يقبل ولا يباشر ولا يامس ولا ينظر إلى صدر ولا شعر وفي المختصر الكبير ولا إلى شيء منها حتى يكفر قال مالك لأن ذلك لا يدعوا إلى خير ولا بأس أن يكون معها في بيت إذا كان ممن يؤمن وفي التفریع لابن الجلاب لا يقبل ولا يباشر ولا بأس أن ينظر إلى الرأس والوجه واليدين وساير الأطراف قبل أن يكفر ومن أصحابنا من حمل ذلك على التحريم كالوطء وبه قال القاضي أبو محمد ومنهم من حمله على الكراهية لئلا يدعوا إلى الجماع وبه قال الشافعي وقال عبد الملك في المبسوط في المتظاهر يقبل ويباشر وينظر إلى الصدر والشعر والمحاسن ان ذلك على وجه الكراهية لذلك كله كالنظر في الجماع الذي لا يعمل لمن لم يكفر نحو كراهيتهم القبلة للشباب الصائم والملازمة وجه القول الاول ما احتج به الشيخ أبو بكر أن كل معنى طرأ على النكاح منع الوطء من أجل تحريم حادث فانه يمنع

الاستمتاع كله واللذة بقبله وغيرها كالطلاق الرجعي والاعتكاف والاحرام ووجه القول الثاني انها زوجة منع وطؤها المعنى ليس لعبادة ولا يفضى الى بينونة فلم يمنع الاستمتاع بغير الوطء كالحيض والعبادات التي تمنع الزوج من الاستمتاع اذا اختصت بالزوجة فاما يمنع الزوج منها ما يفسد على الزوجة عبادتها ولذلك لا يمنع من الاستمتاع بالنظر اليها وليس في الظاهر شيء من ذلك فاما يمنع من ذلك في حقه ام لا يحركه الى موافقة المحرم من الوطء فاذا قلنا انه ينظر الوجه واليدين فان معنى ذلك أن ينظر لغير وجه الاستمتاع يبين ذلك ما في المدونة قيل لمالك أينظر الى وجهها قال نعم وغيره أيضا فدينظر الى وجهها (فرع) فان قبل أو باشر فقد قال سحنون من قبل أو باشر في شهرى الصيام عن كفارة الظهار قطع ذلك التتابع وقال أصبغ لا يقطع ذلك التتابع ورجع اليه سحنون ويصح أن يكون القولان مبنيين على ما تقدم (مسألة) فان كان الظهار مطلقا قصر به مطلق لا يستباح الابدالكفارة وان كان مقيدا مثل أن يقول أنت على كظهر أى اليوم فلا خلاف في ثبوت الظهار من اليوم وهل يبطل بانقضاء اليوم أم لا المشهور انه باق بعد اليوم حتى يكفر كالطلاق وقاله مالك في المبسوط قال ابن شعبان يطؤها دون كفارة أحب الى وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى في أحد قوله لا يتعلق به حكم الظهار ودليلنا ان هذا لفظ يحرم به الوطء فوجب أن يكون تقييده كاطلاقه كالطلاق

(باب فأما ألفاظه فأصلها أنت على كظهر أى)

الأصل في ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم ثم قال والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية من قبل أن يتأسا فهذا اللفظ المستعمل يختص بأمرين بالأم والظهار فان عدل عن هذا اللفظ فانه يقع العدول عنه على ثلاثة أوجه أحدها أن يتعلق التشبيه بعض من الأم غير الظاهر والثاني أن يعلقه بظهر غير الأم والثالث أن يعلقه بعضو غير الظاهر من امرأة غير الأم (مسألة) فأما ان شبه امرأته بعض من أمه مثل أن يقول أنت على كراس أى أو يقول كالبدن أو الفرج أو القدم أو الفخذ والعضد في المدونة يكون مظاهرا في ذلك كله قال القاضى أبو محمد ومن شبه امرأته ببعض أمه فهو مظاهر خلافا للشافعى في قوله لا يكون مظاهرا لا بتشبيهه بالظهر ولا بى حنيفة قال لا يكون الظهار الا فى تمثيله بعض من أمه يحرم عليه النظر اليه والدليل على ما نقوله انه عضو من ذات محرم أثبت لامرأته حكمه فوجب أن يكون مظاهرا كالظهر (فرع) وان أثبت للجمله حكم الجمله فقال أنت على كأمى فقد قال مالك هو مظاهر قال الشيخ أبو القاسم كانت له نية أو لم تكن قال ابن القاسم وكذلك اذا قال لها أنت أى قال القاضى أبو محمد خلافا لابي حنيفة والشافعى في قوليهما ان لم ينو الظهار فانه محمول على البر والكرامة وهذا يقتضى أن يكون مظاهرا ان لم تكن له نية جلة وأما ان كانت له نية الا كرام والبر فيجب أن لا يكون مظاهرا والدليل على ما نقوله انه وجد منه تشبيه امرأته بأمه دون نية تصرف ذلك عن التحريم فوجب أن يكون مظاهرا هذا أصل ذلك اذا قال لها أنت على كظهر أى (فرع) فان قال لها أنت على كأمى أو مثل أى أو كظهر أى حكى القاضى أبو محمد انه يكون ظهارا ولم يشترط نية وفي العتبية وكتاب ابن المواز عن مالك انه مظاهر ان لم تكن نية له خذ الشافعى وأبى يوسف ومحمد والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضى أبو محمد انه قد أتى بصريح الظهار وهو قوله أنت على كظهر أى فلم يكن طلاقا كالأول عراه عن لفظ التحريم

(فرع) وقوله أنت على أحرم من أمي ان لم ينو الطلاق في العتبية والمواز به عن مالك هو مظاهر وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في قوله أنت على أحرم من أمي انها البتة وقال عبد الملك بن الماجشون في قوله أنت على أحرم من أمي انهظهار وان نوى الطلاق وجه قول مالك ان اللفظ يحتمل الطلاق ويحتمل الظهار الا أنه في الظهار أبين لانه انما يستعمل تشبيه الزوجة بالأم في الظهار فحمل على ما يصلح أن يراد به فاذا عدت النية حمل على الأظهر ووجه قول ابن القاسم ان لفظ التحريم يقتضي الطلاق البائن والتشبيه بالأم يقتضي الظهار واذا تردد الحكم بين التغليب والتخفيف حمل على أشدهما كمن شك في طلبة أو ثلاث فانه يحمل على الثلاث ووجه قول عبد الملك ان التشبيه بالأم قرر الشارع به حكم الظهار فلا يخرج عن بابه لفظ التحريم لان المبتدئ بالظهار في أول الاسلام انما قصد التحريم فحكم الله عز وجل فيه بالظهار هنا الذي احتج به ابن الماجشون (مسألة) وأما اذا علقه بظهر غير الأم مثل أن يقول أنت على كظهر فلانة فلا يخلو أن تكون المرأة المذكورة من ذوى محارمه أو أجنبية أو ممن يحل له وطؤها من زوجة أو أمة فان كانت من ذوى محارمه فهو مظاهر بذلك في قول مالك وان كانت أجنبية فقد قال مالك هو مظاهر كان لها زوج أو لم يكن لها زوج وقال عبد الملك يكون طلاقا وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون طلاقا ولا ظهارا قال القاضي أبو محمد والدليل على صحة قول مالك انه شبه امرأته بظهر محرمة عليه فزومه حكم الظهار أصله اذا قال كظهر أمه ووجه قول عبد الملك بالظهار انما يتعلق بتحريم مؤبد ولا يكون ذلك الا برفع عقد الاستباحة وذلك انما يكون بالطلاق وان علقه بظهر من يحل له وطؤها فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسألة) وأما اذا علق بغير الظاهر من غير الأم وذلك أن يعلقه بغير غير الظهر فيقول أنت على كراس فلانة أو يدها فلا يخلو أن يضاف ذلك الى ذات محرم أو أجنبية فان أضاف الى ذات محرم بنسب أو صهر أو رضاع فان ذلك ظهار فحكمه في الظهار على ما تقدم وكذلك الأجنبية

(باب)

فأما من يظاهر منها فانه يثبت حكم الظهار من كل من يجوز للرجل وطؤها من زوجة أو أمة أو حرة مسامة أو كناية أو ممتلك يمينه من أمة أو أم ولد أو مدبرة قاله في المدونة وفي المختصر الكبير وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون الظهار الا في زوجة والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم قال مالك في المبسوط والسرية من النساء ودليلنا من جهة المعنى أنه فرج مباح له فيجاز أن يتعلق به حكم الظهار كالزوجة وفي المبسوط سواء كانت صبية أو محرمة أو حائضا أو رتقاء أو صائمة فهو مظاهر منهن كلهن قاله ابن القاسم (مسألة) ولو كان له من الامة شقص لم يلزمه فيها ظهار رواه ابن المواز ووجه ذلك أنه لا يحل له الاستمتاع بها لنقص ملكه فيها قال الشيخ أبو القاسم وكذلك حكم المكتبة والمعتقة الى أجل وكل من لا يحل له الاستمتاع بهامن الائمة والله أعلم وقاله ابن الماجشون في المبسوط وجه ذلك أن من لا يحل له الاستمتاع بها لم يتعلق ظهاره بها كالأجنبية

(فصل) وقوله ظهار الحر يريد أن الحر المسلم المكلف الذي يقدر على الاستمتاع يلزمه الظهار سواء كان مالكا لا امر نفسه أو كان محجورا عليه فأما مالك لأمر نفسه فسنين حكمه ان شاء الله تعالى وأما المحجور عليه فانه يلزمه الظهار لأنه مسلم يقدر على الاستمتاع ويصح منه الطلاق فزومه

الظهار كالمالك لأمره (مسئلة) وأما الذي فانه لا يصحظهاره خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله أن كل من لا يصح طلاقه فانه لا يصحظهاره كالمجنون والصغير (مسئلة) وأما الخصى والمجنون والعنيد والشيخ الفاني فقد روى ابن سحنون عن أبيه لا يلزمهمظهار ولا إيلاء وكذلك كل من لا يقدر على الجماع معناه ولا يرجوه قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى أن هذا مبنى على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء وقد اختلف أصحابنا في ذلك فاذا قلنا أن الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطء وهو ممكن من جميعهم وجب أن يلزمهمظهار وإذا قلنا انه ليس بمحرم لنفسه وانما هو ممنوع لثلاث يكون داعية الى الجماع فلا يصحظهار من المحبوب ولا الخصى ولا العنيد لأن الجماع لا يتأتى منهم وأما الإيلاء فالتامسقط عنهم حكم التوقيف للبيعة لأنهم لا يستطيعون عليها ولا يمكنهم فعلها ولا تركها بين هذا أن الشيخ الفاني لو تعامل وجامع لحنت في إيلائه (مسئلة) فأما السكران فانه يلزمهظهار حكاه ابن القاسم في المدونة قال لأن مالكا قال يلزمه الطلاق فكذلك الظهار عندى قال ولا يلزم المعتدة ولا الصبي ظهار لأن مالكا قال لا يلزمه الطلاق وكذلك المكروه وقال محمد في الذي يفيق من سكره فتقول له امرأته تظاهرت منى حال سكرك فيقول لا علم لي بذلك لا يقربها حتى يكفر ص * مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقى أنه سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته أن هو تزوجها قال القاسم بن محمد أن رجل جعل امرأته عليه كظهر أمه أن هو تزوجها فأمر عمر بن الخطاب أن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر * ش قوله في رجل طلق امرأته أن تزوجها فجاوبه بما روى عن عمر بن الخطاب في الظهار يقتضى لزوم الطلاق عنده وانما تطلق عليه أن تزوجها وكذلك الظهار على حسب ما جاوب به عمر بن الخطاب رضي الله عنه فمن ظاهر من امرأته أن تزوجها ثم تزوجها لم يلزمهظهار ووجب عليه أن يكفر قبل أن يمسه أو يساقي بعده هذا ميمنا أن شاء الله تعالى ص * مالك أنه بلغه أن رجلا سأل القاسم بن محمد وسليمان بن يسار عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا لا ينكحها فلا يمسه حتى يكفر كفارة المتظاهر * ش سؤاله عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها يريد قال لها أن تزوجتك فأنت على كظهر أمي فهذه التي يلزمه التظاهر منها أن تزوجها وأما لو قال أنت على كظهر أمي ولم يصف ذلك الى تزوجها لم يلزمه شيء وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى قول القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أن السائل كان قد قال أن تزوجتك وأما لم يقل ذلك فلا ظهار عليه اذا تزوجها وقال الشافعي والثوري لا يلزمهظهار في الوجهين والدليل على ما نقوله أن هذا أضاف الظهار الى حال الزوجية فوجب أن يلزمه اذا وجدت الزوجية أصله اذا قال ذلك لزوجه (مسئلة) وقال مالك في رجل ذكر له نكاح امرأة فقال هي أمي فهو مظاهر ووجه ذلك أنه مستند الى ما عرض عليه من أن يتزوجها فكأنه قال ان فعلت ذلك فهي أمي وأما لو قال لها ذلك يريد أن يصفها بالكبر فعندى أنه لا يلزمه بذلك ظهار ولا غيره

(فصل) وقوله أن نكحها فلا يمسه حتى يكفر كفارة المتظاهر يريد رضي الله عنه أن يعقد النكاح تتعين عليه الكفارة لما وجدت منه العودة المصححة للكفارة قبل المسيس لقوله عز وجل من قبل أن يتمسا وأما لو كفر قبل أن يتزوجها فانه لا يجزئه لأن العودة لا تصح منه وهي شرط في صحة الكفارة ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل تظاهر من امرأة واحدة ليس عليه الكفارة واحدة * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

* حدثني يحيى عن مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقى أنه سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته أن هو تزوجها فقال القاسم بن محمد أن رجل جعل امرأته عليه كظهر أمه أن هو تزوجها فأمره عمر بن الخطاب أن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رجلا سأل القاسم بن محمد وسليمان بن يسار عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها فقالا لا ينكحها فلا يمسه حتى يكفر كفارة المتظاهر * وحدثني عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال في رجل تظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة انه ليس عليه الكفارة واحدة * وحدثني عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن مثل

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش معنى ذلك انه من قال لأربع نسوة أنه أتتني على كظهر أرى انه متظاهر بهذا اللفظ من جميعهن ويجزئ في ذلك كفارة واحدة خلافا لأحد قولي الشافعي وأبي حنيفة لأن بينهما واحدة وظهاره واحد فلم يلزمه به الا كفارة واحدة كما لو حلف بمينا واحدة لألبس الثوب ولا آكل الخبز ولا أدخل الدار ثم حنث لم تلزمه الا كفارة واحدة بدل على ذلك أنه لا يمكنه أن يحنث في احدها دون الاخرى (فرع) فان وطئ واحدة منهن فقد حنث في جميعهن ولم يجزله أن يقرب واحدة منهن حتى يكفر لوجوب تقديم الكفارة على المسيس فان كفر عن واحدة منهن فقد بطل حكم الظهار وجزاء يطأ سائرهن دون كفارة تلزمه وان لم ينو بكفارته الا الاولى قاله كله في المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من انها بمن واحدة فلم يجب عليه بها غير كفارة واحدة (مسألة) ولو أفر دكل واحدة منهن بلفظ ظهار في مجلس أو مجالس فيقول لاحدها أنت علي كظهر أرى ثم يقول للآخرى وأنت علي كظهر أرى ثم قال للثالثة كذلك ويقول للرابعة كذلك لوجب عليه لكل واحدة منهن كفارة كاملة بالعودة كمن حلف لا يأكل الطعام ثم حلف لا يلبس الثوب ثم حلف لا يدخل الدار فحنث لم تلتزمه بكل بمن كفارة كاملة (مسألة) ومن قال لا امرأته أنت علي كظهر أرى ثم قال لا أخرى أنت علي مثلها فقد قال ابن القاسم في المدونة عليه في كل واحدة منهما كفارة واحدة ووجه ذلك انه قد أفر دكل واحدة منهما بظهار يخضعها لا يحصل به حائشا في الأخرى (مسألة) ومن قال لأربع نسوة من دخلت منكنت الدار فهي علي كظهر أرى ففي المدونة عن ابن القاسم عليه أربع كفارات ان دخلن كلهن الدار في كل واحدة منهن كفارة ولو قال ان دخلتن الدار فأنتني علي كظهر أرى فانه لا يلزمه في جميعهن الا كفارة ووجه ذلك انه اذا قال من دخلت منكنت الدار فهي علي كظهر أرى فقد أفر دكل واحدة منهن بحكم نفسها ولذلك ان دخلت احدها الدار لم يكن مظاهرا في غيرها ويكون مظاهرا في التي دخلت خاصة فثبت بذلك أن اللفظ يقتضي افراد كل واحدة منهن بظهار يخضعها واذا كان الظهار يخضعها لزمته فيه كفارة واحدة واذا قال هن ان دخلتن الدار فأنتني علي كظهر أرى فانه ان دخلت احدها الدار ثبت حكم ظهاره من جميعهن ولم يثبت له حكم الظهار عند الشافعي حتى يدخل جميعهن فقد وقع الاتفاق على أن لا ينفرد دخول واحدة منهن بظهار يخضعها دون غيرها فثبت بذلك أن هذه بمن واحدة في جميعهن واليمين الواحدة لا يجب بها غير كفارة واحدة (فرع) وأما اذا قال كل من دخلت منكنت الدار فهي علي كظهر أرى فالظاهر من المذهب انها بمنزلة قوله من دخلت منكنت الدار فهي علي كظهر أرى رواه ابن المواز وفي العتبية من رواية ابن القاسم انه ان قال ذلك فانه تجزئه كفارة واحدة ويحتمل أن يريد بذلك أن حكم كل امرأة أن زوجها مخالف لحكم قوله من تزوجت منكنت وانه بمنزلة قوله ان تزوجت منكنت ويحتمل أن يريد أن الباب كله باب واحد لا يجب في ذلك الا كفارة وما قدمناه أولا أصح والله أعلم

ص * قال مالك قال الله تبارك وتعالى في كفارة المتظاهر فقهرير رقبة من قبل أن يتأسفن لم يجز فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسفن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا * ش قوله سبحانه وتعالى في كفارة المتظاهر فقهرير رقبة يقتضي أن الرقبة تجزئ في كفارة الظهار ولها صفات الاسلام والسلامة فأما الاسلام فانه لا يجزئ في كفارة الرقبة مؤمنة وأما الكافر فلا يجزئ خلافا لأبي حنيفة في قوله لا يعتبر فيها الاسلام والدليل على ما نقوله ان هذه رقبة مخرجة على وجه الكفارة فاعتبر فيها الايمان ككفارة القتل ويجزئ في ذلك الصغير والأعجمي على حسب

ذلك * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا قال مالك قال الله تبارك وتعالى في كفارة المتظاهر فقهرير رقبة من قبل أن يتأسفن لم يجز فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسفن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا

ما تقدم في كفارة الأيمان بالله تعالى ولو أعتق عن ظهاره من نفسه أو مقلدا كبر وجداً خرس أو مقعداً أو أصم أو أبكم أو مطبقاً جنونا فقد روى في العتبية محمد بن خالد عن داود بن سعيد بن زيد قد أجراه لأنه شيء يحدث وكذلك في المبيع لا يرد بهذا العيب (مسئلة) ومن قال ان اشتريت فلاناً فهو حر عن ظهاري في الموازية عن ابن القاسم يجزئه ووجه ذلك انه لم يتعلق به عتق لغير الظهار وإنما يتعلق به الظهار فوجب أن يجزئه وبذلك يخالف من قال ان اشتريت فلاناً فهو حر ثم اشتراه عن ظهاره فقد قال ابن القاسم في المدونة لا يجزئه وذلك انه قد تقدم له فيه عقد عتق لازم لغير الظهار وفي مسئلتنا لم يتقدم له فيه عتق الا للظهار فكان ذلك بمنزلة من يشتري عبداً ونيته أن يعتقه للظهار وروى ابن أبي زيد عن ابن القاسم في المرأة تعطى زوجها رقبة يعتقها عن ظهاره أو ثمنها ان كان ذلك بشرط العتق لم يجزئه وان كان بغير شرط أجراه لان هذا أيضاً قد شرط عليه عتقه للظهار من يملكه فكأنه هو الذي أثبت فيه العتق دون المظاهر وفي مسئلتنا بخلافه لانه هو الذي أثبت فيه عتق الظهار (مسئلة) ومن أعتق عبداً عن ظهاره وهو تام بملك نصفه في الموازية عن ابن القاسم يجزئه وتلزمه القيمة قال أصبغ وسحنون لا يعجبني هذا وليس أحسن أصحابه عليه وجه قول ابن القاسم ان مالزمه من العتق في النصف الثاني انما لزمه بسبب العتق الأول فكان له حكمه ألا ترى انه اذا قال له ان اشتريتك فأنت حر عن ظهاري فإنه قد لزمه عتقه ومع ذلك فإنه اذا اشتراه أجراه عن ظهاره ووجه القول الثاني ان العتق الثاني وقع بغير اختياره ولم يقصد به العتق عن ظهاره وإنما هو لتبعض العتق فلم يجزئه أصل ذلك اذا لزمه عتق عن جميعه ليمين أو غير ذلك (مسئلة) ولو كان له عبداً فاعتق نصفه عن ظهاره ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم انه يجزئه وروى ابن حبيب وابن الماجشون عن أصبغ لا يجزئه وجه القول الأول انه مبني على أصلين أحدهما أن العتق لا يمنع صحة تبعضه والثاني أن لا يعتق الباقي بالسراية وإنما يعتق بعتقه عليه ان أراد ذلك أو يحكم عليه السلطان به ان أباه ووجه القول الثاني انه مبني على انه لا يصح تبعضه أو على أن النصف الثاني يعتق عليه بالسنة وليس عتقه بموقوف على اختياره فلا يجزئه (مسئلة) ومن أعتق عنه غيره عبداً بغير علمه عن ظهاره فإنه يجزئه عند ابن القاسم وقال عبد الملك لا يجزئه وان رضى بذلك بعد العتق وقال أشهب لا يجزئ عن الحي وان كان بسؤاله ورغبته وجه قول ابن القاسم انه معنى تجوز فيه النياحة لان طريقه المال ولذلك يجوز أن يعتق عن الميت وسأله ابن الماجشون وجه قول ابن الماجشون انه لو باعه منه على أن يعتقه هو لم يجزئه ذلك ولو وهبه إياه على أن يعتقه عن ظهاره لم يجزئه فكذلك اذا أعتقه عنه والفرق بينهما على قول ابن القاسم انه قد ملك الواهب أو البائع العتق في ذلك العبد قبل وقوعه ولزم الموهب له ايقاعه بالشرط فلذلك لم يجزئ ألا ترى انه لو باعه من ورثة الميت بشرط عتقه عنه أو وهبهم إياه بذلك الشرط لم يجزئه والذي أنفذ عتقه على العتق عنه عتقه ولذلك جاز أن يعتقه عن الميت وقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم في المرأة تعطى زوجها رقبة يعتقها عن ظهاره أو ثمن الرقبة ان كان بشرط العتق لم يجزئه وان كان بغير شرط أجراه وذلك لما ذكرناه ورواه في المدينة عيسى بن دينار وعبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة (فرع) فاذا قلنا يجزئه على قول ابن القاسم فإنه قال يجزئه ان لم يدفع في ثمنه شيئاً قال الشيخ أبو محمد في نوادره يريد كانه اشتراه بشرط العتق ومعنى ذلك ان من اشترى عبداً بشرط العتق لم يجزئه عن عتق واجب عليه فعلى هذا انما يجزئه على قول ابن القاسم بشرطين أحدهما

ما تقدم وهو أن لا يدفع اليه فيه ثمننا والثاني أن يرضى المعتق عنه بذلك وإن لم يرض بذلك إذا بلغه فقد قال الشيخ أبو عمران لا يجزئه ومعنى ذلك أن نية العتق للظهار معدومة ولم تعقبها بإجازة وهي تقوم مقام النية وفي ذلك شرط ثالث مختلف فيه وهو أن يكون العتق بعد العودة قال ابن القاسم لا يراعى العودة وإنما يراعى عبد الملك وابن الماجشون (مسئلة) وأما السلامة فأنها تعتبر في ذلك كله على حسب ما تقدم في كفارة الإيمان بالله تعالى ولا يختص ذلك بجنس مخصوص من الرقيق ولا ذكورة ولا أنوثة

(فصل) وقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين الوجود هو أن يملك رقبة أو ثمنها أو ما قيمته قدر ثمنها من عرض أو غيره فمن لم يكن عنده الأمانة ظاهر منها فقد قال ابن القاسم لا يجزئه الصيام وكذلك روى عن مالك فيمن يملك من العروض ما يشتري به رقبة أو كانت له دار يسكنها ثمنها رقبة لا يجزئه الصوم لانه واجد لرقبة معناه مجزئة (مسئلة) والمظاهر الموسر يمكنه العتق فلا يعتق حتى يعدم فيصوم ثم يسر روى ابن المواز عن ابن القاسم ولم يسمعه منه أنه قال يعتق وهذا عندي على وجه الاستعباب لأن المؤدى لما يجب عليه من حق أنما ينظر إلى حاله يوم الاداء دون يوم الوجوب وكذلك من ضيع الصلاة وهو قادر على القيام فأراد أن يقضيها حال مجزئه عن القيام أداها جالسا ثم إن قوى على القيام لم يلزمه قضاؤها قائما وكذلك من فرط في الصلاة مع إمكان أدائها بالماء ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء لم يلزمه قضاؤها ثانيا عند وجود الماء ويحتمل أن يريد به انه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بذمته فلما أعسر قبل العتق أمر بالصوم لانه أبلغ ما يمكنه بشرط أن أيسر بالرقبة التي قد تعلقت بذمته كان عليه اخراجها وحكم الأموال في ذلك غير حكم الأعمال والأول أظهر والله أعلم وقد قال بعض القرويين إنما ذلك لمن وطئ فلزمته الكفارة بالعتق ليسره فلم يكفر حتى أعسر فصام فأما من لم يطأ حتى أعسر فصام ثم أيسر فلا يؤمر بالعتق (مسئلة) ومن بدأ بالصيام لعسره وعدم الرقبة ثم أيسر روى ابن المواز قال مالك في الخالف والممتنع إذا شرع في الصوم ثم أيسر لا يرجع إلا أن يستأه وفرق بينه وبين الظهار وقتل النفس وسوى عبد الملك بينهما وقال إذا مضى له اليوم واليومان أحببت له الرجوع في التمتع والكفارة ومعنى ما قال ابن المواز من تفريق مالك بين الظهار واليمين ما روى زياد بن جعفر عن مالك أن من لم يجد رقبة عن ظهاره فصام يوما أو يومين ثم وجد رقبة فانه يعتق ولو صام النصف أو الثلث أو أيا ما لها اسم فانه يتم صيامه ولا يعتق وروى ابن عبد الحكم في المختصر الكبير أنه إذا صام يومين وقال أبو اسحق في الزا هي يوماء أفاد ما قال يعصى ويجزئه ويعتق أحب إلى قال الشيخ أبو بكر إنما قال ذلك لأن الله تعالى قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا فإذا دخل في الصوم وهو غير واجد للرقبة مضى في صومه وأجزأه كالتيمم يرى الماء بعد التلبس بالصلاة فإن قيل لم لا تلزمه العودة إلى العتق كالمعتدة بالشهور إذا رأت الخيض انتقلت إليه فالجواب أن المعتدة لم تبطل عدتها لأنها تعتد بما مضى قرأ والواجد للرقبة لو اعتق لبطل ما تلبس به من صومه (مسئلة) ومن صام عن ظهاره لعدم الرقبة فافسد صومه بوطء امرأته بعد أن لم يبق عليه الا يوم واحد فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة أن وجد رقبة حين أفسد صومه يلزمه العتق ولا يجزئه الصوم ووجه ذلك أن الاعتبار بحاله يوم الاداء وهذا المأبطل ما تقدم من صومه ووجب عليه الاستئناسي كان هذا وقت أدائه فلما كان غنيا حين ابتداء الاداء لم يجزه الصوم (مسئلة) ومن قال كل مملوك أملكه إلى عشر سنين حر ثم لزمه ظهاره وهو موسر فإن صبرت امرأته هذه العشر سنين فلا

يصوم وان لم يصبر وقامت به ففرضه الصيام رواه ابن سعدون عن أبيه
 (فصل) وأما الصيام فصيام شهرين متتابعين والأصل في ذلك قوله عز وجل فن لم يجد فصيام
 شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا وفي هذا حكاه أحد المتتابعين والثاني خلوا الشهرين من
 جماعة الزوجة المظاهرة منها وتقدمها على ذلك فاما المتتابع فان يتصل صيامها ولا يفصل بين شيء من
 ذلك فطر لغبر عنده وقد قال ابن المواز من أفطر في سفره في صيام تطاهرا ابتداء وان أفطر لمرض بني
 اذا صح والفرق بينهما ان المسافر لم يرج له الفطر لعجزه عنه وانما هو لتخفيف المشقة عليه والمتابع
 من باب المشقة وقد شرط عليه وأما المريض فانما يرج له الفطر لعجزه عن الصيام كالحائض وكذلك من
 أفطر ناسيا لان الناسي معذور والله أعلم وقال الشافعي ان أفطر ناسيا أو مريضا ابتداء الصيام
 والدليل على ما نقوله ان هذا معنى لا يمكن الاحتراز منه ولم يوجد باختياره فلم يبطل المتابع كالاختلام
 (مسألة) ومن جامع في صيام ظهارة ناسيا في المدونة من رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم
 يستأنف الصوم وأما اذا فصل بينه من يمنع الصوم بالشرع فقد تقدم ذكره في كتاب الصيام
 (فصل) وأما ما ذكرناه من وجوب تقديم الصوم على الجماعة فهو لقوله تعالى فصيام شهرين
 متتابعين من قبل أن يتأسا وذلك يوجب تمام صومه ما قبل الملامسة واللام يمكن صائما لشهرين
 متتابعين من قبل أن يتأسا وان جامع في أثناء صومه ليلا أو نهارا المظاهر منها أو غيرها نهارا ابتداء
 الصوم قاله في المختصر الكبير والمدونة خلافا للشافعي في قوله انه ان وطئها ليلا لم يبطل صيامه
 والدليل على ما نقوله قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا فجعل ذلك شرطا في
 الصيام الواجب عليه الذي به يتخلص من حكم الظهار فن جامع قبل أن يتم الصيام فلم يأت بصيام
 الشهرين من قبل أن يتأسا فلم يبرأ بذلك من صوم الظهار كالواحد بالعقد (مسألة) ومن شرع في
 كفارة الظهار ثم طلقها قبل تمامها ثم تزوجها فانه يستأنف الكفارة من أولها فان تمادى على اتمامها
 فلا يخلو أن يكون طلاقه بائنا أو رجعيان كان بائنا فالمشهور من المذهب انه لا يجزئه وان تزوجها
 بعد ذلك استأنف الكفارة من أولها وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه يجزئه التماضي بعد ان
 بانته منه اذا ابتداء الكفارة وهو مجمع على امساكها وجه القول الاول انه أتى بالكفارة في وقت
 ليست له بزوجة فلم يجزه كالأبتداء الكفارة بعد البيئونة وانقضاء العدة ووجه القول الثاني ان
 للكفارة حكم الابتداء بها فاذا ابتدأها في وقت يصح فيه التكفير لم يمنع ما يطرأ بعد ذلك كالأبتداء
 الصيام معسرا ثم أيسر وهذا عندي معنى قول ابن نافع واحتجاجة في المدونة (مسألة) ولو كان
 الطلاق رجعي فالأفضل أن يرجع ثم يكفر فان كفر قبل ان يرجع وقبل أن تبين منه أجره قاله أشهب
 في الموازية وهذا اذا صام أو أطمع في العدة وقد بقي عليه شيء من ذلك فتمادى على صيامه فقد روى
 في المدينة محمد بن يحيى عن مالك انه ان أتم صيامه قبل انقضاء العدة أخره ولو بقي منه يوم واحد بعد
 انقضاء العدة لم يجزه وان صام لانها ليست له بزوجة فان تزوجها بعد ذلك استأنف الصيام من أوله
 وهذا اذا كانت الكفارة بصيام فان كانت باطعام فانقضت العدة قبل اتمامها فقد قال أشهب
 تبطل الكفارة فان تزوجها يوما استأنف الاطعام كله وقال أصبغ يبنى على الاطعام ويتبدى
 الصيام وجه القول الاول انها كفارة يبطلها تحلل الوطء فابطلها تحلل البيئونة كالصيام وجه
 القول الثاني ان الاطعام ليس من شرطه المتتابع فلم يبطل بالبيئونة بخلاف الصيام
 (فصل) وقوله تعالى فن لم يستطع فاطعام سستين مسكينا يقتضى ان جواز الاطعام مرتب على

العجز عن الصيام وعدم الرقبة وفي المدونة قيل لابن القاسم من هذا الذي لا يستطيع الصيام فقال هو عندي الشيخ الذي لا يقوى على الصيام من كبر أو ضعف فلو اطعم مع القدرة على الصوم لم يجزه لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فاما نقل الى الاطعام من لم يستطع (مسئلة) والذي يجزئه منه في الجنس على حسب ما تقدم في كفارة اليمين وأما القدر فانه يعود الى معينين أحدهما الى عدد من يطعم والثاني الى قدر ما يطعم فاما عدد من يطعم فهم ستون مسكينا والأصل في ذلك قوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ولو أطمع ثلاثين مسكينا مدين لم يجزه حتى يستكمل العدد وليطعم ثلاثين مسكينا ما يجزئ كل واحد منهم ويجزئه (مسئلة) وأما القدر فقد روى ابن حبيب عن مطرف أن مالكا كان يفتي في كفارة الظهار بمدن لكل مسكين ويكره أن يقال مدهشام وهذا يدل على أنه ذكره أولا لما كان المستعمل بين الناس بين به مقدار ما يلزم من ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على سبيل التقريب والتفسير كما يقول الانسان في بلده يجزئك من هذا المدكدا على سبيل التقريب فلما بلغه أنه قد ظن به أنه جعل ذلك مقدارا في نفسه أنكره وكرهه (فرع) اذا ثبت ذلك أو لتنا بتقديره بالمد فقد اختلف أصحابنا في مدهشام فقال ابن حبيب ان مدهشام الذي جعله لفرض الزوجة فيه مدونلت وروى ابن القاسم انه مدان الاثنت وروى البغداديون من أصحابنا عن معن بن عيسى انه مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا هو الصحيح عندي لو جهن أحدهما ان معن بن عيسى مدني فهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة مع ضبطه والثاني أن هذا المد موحود الى اليوم وهو كيل السراة وغيرها من بلاد العرب وهو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لاشك فيه ولا مريفة فقد شاهدت ذلك وبشرته وحققته وفي المدينة من رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه يطعم في كفارة اليمين عن كل مسكين من الخنطة بقدر ما يطعم أوسط عياله في اليوم والليلة وكذلك في كفارة الظهار أيضا شعبة في اليوم واليلة وروى عيسى عن ابن القاسم يغديهم ويعشيم أحب اليك أو يعطيهم خنطة في كلا الكفارتين فقال أحب الى مالك لو أعطاهم فان أطمعهم أجزأ عنه يطعمهم خبزاً واداما وهذا يقتضي مساواة كفارة الظهار لكفارة اليمين فيما يجزئ من الطعام ولو كان الأفضل والمستحب أن يزداد في كفارة الظهار ويبلغ المدين فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدينة اما الظهار فمد مدهشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لانه جاء في الحديث فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بمدن مدين وقد قال تعالى في كتابه اطعام ستين مسكينا وفي المبسوط عن ابن القاسم مثل ذلك في المدين عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يقل فيه من أوسط فأفضل الشبع مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم أو مد مدهشام والذي بينهما يسير قدر الثلث وأما كفارة اليمين فان الله تعالى قال فيه من أوسط ما تطعمون أهليكم قال مالك الوسط بالمدينة مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم وأما بالبلدان التي يكفر فيها بالخنطة فالوسط من الشبع غداء وعشاء فوجه القول بتقديره بمدن من مد النبي صلى الله عليه وسلم انه اطعام لم يحب بمعنى يتعلق بالصوم ولانه كفارة يمين فكان الاطعام فيه بنفس الصاع كغدية الأذى ووجه القول الثاني ان الشرع لما ورد باطعام ستين مسكينا ولم يقدر ذلك وكان أهل المدينة قد اتفقوا على ان مدهشام موضوع لتقدير النفقات الموسعات أشار اليه مالك ليري قدر ما يختاره من ذلك لما يتعلق به من التغليظ لقليل الذمة ومركب المحظور والله أعلم (فرع) وهذا المن كانت الخنطة قوته فاما الشعير لم أجزأه اخراجه أو التمر في المدونة أرى أن يطعم في الظهار من الشعير والتمر عدل شبع مدهشام من الخنطة والأظهر

عندى انه يلزمه من القر والشعر مد بمد هشام أو مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم على ما يلزمه من
مكيلة القمح كزكاة الفطر والله أعلم (مسئلة) ومن صام عن ظهاره حين لم يجدره ففرض في
أثناء الصيام فقد روى زياد بن جعفر عن مالك انه ان كان مرضه مما لا يطعم بالبرء منه فانه يطعمه وان
كان على غير ذلك انتظر ان يبرأ أو يبقى على ما كان صام وفي المدونة عن أشهب عن ابن القاسم انه ان
طال مرضه واحتاج الى امرأته جازله أن يطعمه وان رجلا البرء وجه القول الاول انه اذا كان مما
يرجو البرء منه انتظر ذلك لانه من الموانع التي تعرض في استدامة الصوم كالخض يعرض للمرأة في
شهرى التتابع فلا يجزئه الاطعام وان كان لا يرجى فليس من أهل الصيام فكان فرضه الاطعام
وجه القول الثانى ان حصلت له المشقة بالحاجة الى أهله مع طول المرض وخوف العنت جازله
الانتقال الى الاطعام كالا عسار والله أعلم (مسئلة) وليس في نص القرآن ذكر الكسوة
في كفارة الظهار بل ظاهره يقتضى انها مقصورة على العتق أو الصيام أو الاطعام وقد ذكر الشيوخ
أبو محمد في نوادره قال وان كسا وأطعم عن كفارة واحدة قال ابن القاسم في كتابه أسد وقال في
المجالس تجزئه وأطنه قول مالك وقال أشهب لا يجزئه. وأخرج من كتاب ابن المواز فبين ظاهر من
أربع نسوة فأطعم عن واحدة ستين مسكينا وكسا عن اخرى ستين مسكينا ثم وجد العتق فأعتق
عن واحدة غير معينة ولم يقدر على رقبة الرابعة فليطعم أو يكسو ويجزئه قال الشيخ أبو محمد انظر
قول محمد في الكسوة ما أعرفه لغيره وانما ذكرته عن الشيخ أبي محمد ليكون أقوى في المذهب
فتحقق بهذا أن الكفارة في الظهار تنوع أربعة أنواع عتق وصيام واطعام وكسوة وكأنه ينوب
بعضها عن بعض ويحتمل هذا عندى وجهين أحدهما انه من باب اخراج القيم في الكفارات
فيخرج الكسوة عن الطعام اذا كانت مثل قيمته أو أكثر وكان يجب على هذا أن لا يراعى قدر
الكسوة والوجه الثانى أن تكون الكسوة لما نابت عن الاطعام في كفارة اليمين على عدد واحد
نابت ههنا عنه وغيرهما من الكفارات وان نابت بعضها عن بعض فبعدد مخالف فاختصت الكسوة
بأنهما من جنس الاطعام وقل من يقول به من العلماء والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يجوز
له الوطء في أثناء اطعامه ومن شرط اطعامه تقديمه على وطء المظاهر منها خلافا للشافعى والدليل
على ما نقوله ان هذه كفارة عن ظهار فكان حكمها أن تتقدم على الوطء كالعتق والصوم (مسئلة)
وسواء وطئ ناسيا أو عامدا فانه يبطل ما تقدم من اطعامه ويجب عليه ابتداء اطعام آخر والا صل
في ذلك ما قدمناه من وجوب تقديم جميعه على الوطء ومعنى ذلك أن لا يتخلله وطء ص قال مالك
في الرجل يتظاهر من امرأته في مجالس متفرقة قال ليس عليه الا كفارة واحدة فان تظاهر
ثم كفر ثم تظاهر بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا ✽ ش قوله في الرجل يتظاهر من امرأته
في مجالس شتى ليس عليه الا كفارة واحدة وهذا على اطلاق النية دون تقييدها بالتكرار مع
كون الظهار من جنس واحد مثل أن يقول لها أنت على كظهر أى ثم يقول لها مثل ذلك
في ذلك المجلس أو مجلس آخر ونوى تأكيد القول الأول وتكراره أو لم ينو شيئا فليس عليه الا
كفارة واحدة لانها يمين واحدة تكررت في شيء واحد فكان اطلاقها يقتضى التأكيد كاليمين
بالله تعالى (مسئلة) ولو نوى بالقول الثانى كفارة ثانية ففي كتاب ابن المواز تلزمه كفارة ثانية
كاليمين بالله تعالى وهذا كله ما لم تنزله الكفارة الأولى بالوطء فان وطئ ثم تظاهر منها مرة أخرى
ففي مختصر ابن عبد الحكم عليه كفارة ثانية ووجه ذلك انه لما وقع الحنث بالوطء ولزمته الكفارة

* قال مالك في الرجل
يتظاهر من امرأته في
مجالس متفرقة قال ليس
عليه الا كفارة واحدة
فان تظاهر ثم كفر ثم تظاهر
بعد أن يكفر فعليه
الكفارة أيضا

كان ظهاره بعد ذلك ظهار مبتدأ له حكمه كالذي يحلف أن لا يدخل الدار مرارا ثم يدخلها لا يجب عليه الا كفارة واحدة ولو حلف أن لا يدخلها فحنت بدخولها ثم حلف مرة أخرى أن لا يدخلها كانت اليمين الثانية غير الأولى يجب فيها من الكفارة بالحنث غير ما يجب بالأولى (فرع) اذا قلنا ان تكرار الظهار بمعنى تكرار الكفارة يوجب تقدم ذلك من الكفارات فان أدى كفارة واحدة فان الشيخ أبان محمد كان يقول لا يحل له وطؤها حتى يكفر بجميع الكفارات وقال الشيخ أبو الحسن والشيخ أبو عمران اذا كفر كفارة واحدة حل له وطؤها فان امتنع من وطئها من أجل سائر الكفارات كان موليا منها قال الشيخ أبو عمران لان سائر الكفارات نذر (مسئلة) ولو شرع في الكفارة عن ظهاره فلم يتمها حتى ظاه مرة أخرى ففي كتاب محمد يبتدىء الكفارة من الظهار الثاني ويجزئه وقيل بل يتم الأول ثم يبتدىء وقال محمد هنا أحب الى أن يبقى اليسير منها وأما ان مضى يومان أو ثلاثة فيبتدىء ويجزئه لهما وفي العتبية عن أصبغ انه يجوز له أن يبتدئ الآن سواء صام من الأولى بسيرا أو كثيرا وجه قولنا بالاجزاء انها كفارة مقدمة على الحنث فاذا ظاه منها وشرع في الكفارة ثم أورد في ثانيها من جنس الأول سقط حكم الأول وثبت الثاني وتفرق اليمين بالله بان كفارتها اذا شرع فيها بعد الحنث لم يمكن اسقاطها فاذا كررت يمين أخرى كان لها حكمها كالأولى ولو زمت في الظهار الكفارة الأولى فحنت ثم ظاه بعد ذلك ظاهرا آخر لكانت فيه كفارتان وذلك مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمي فحنت ثم قال بعد ذلك أنت على كظهر أمي ففي هذا كفارتان قاله أصبغ في العتبية وغيرها فوزان هذه المسئلة من اليمين أن يكفر قبل الحنث على رواية تجوز ذلك ثم يشرع في الصيام فيحلف في ذلك ثانية ثم يريد أن يكفر فانه تجزئه كفارة واحدة يبتدئها ووجه الرواية الثانية ان هذه يمين شرع في تكريرها فاذا كررت بعد ذلك كان الظاهر انها يمين مستأنفة كالمونوي بيمينه الثانية كفارة ثانية والأول أكثر في المذهب وأظهره القاضي أبو الوليد والقولان عند مبنيان على قولنا بوجوب الكفارة بالعودة أو على قولنا بصحة الظهار للعودة فاذا قلنا تجب بالعودة فانه اذا ظاه مرة أخرى لزمه اتمام ما وجب عليه بالعودة الأولى ثم يستأنف الكفارة الثانية واذا قلنا لم تجب عليه بالعودة فانه يجوز له تركها متى شاء فاذا ظاه بعد الشرع فيها فقد ترك الكفارة الأولى وتلزمه الثانية وكان بمنزلة من أتى بلفظ الظهار دون أن يشرع في الكفارة وقد رأيت نحوه لابي القاسم بن الكاتب

(فصل) وقوله فان ظاه ثم كفر ثم ظاه بعد أن يكفر فعليه الكفارة أيضا على حسب ما قال لأنه اذا ظاه بعد أن أتم الكفارة فانه لا بد لذلك الظهار من كفارة لان الكفارة الأولى ليست بكفارة عما يأتي بعدها من الايمان وانما هي كفارة لما تقدم قبلها ككفارة اليمين بالله تعالى ص قال مالك ومن ظاه من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله قال مالك وذلك أحسن ما سمعت من قوله من ظاه من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر انه ليس عليه الا كفارة واحدة لا يقتضى اباحة ذلك بل هو محظور لقوله تعالى فمعرى رقة من قبل أن يتاسا لكنه من اجترأ ووطئ قبل أن يكفر فقد تقرر عليه وجوب الكفارة وليس عليه غيرها لان ظاهرا واحدا يجب به كفارة واحدة لكن من حكمها تقدمها على الوطء فاذا وجد الوطء قبلها لم يؤثر ذلك في اسقاط الكفارة ولا في الزيادة عليها وذلك أن للكفارة بعد وجوب الظاهر ثلاثة أحوال حالة لا تجزئ فيها الكفارة وهي قبل العودة فن كفر

* قال مالك ومن ظاه من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر ليس عليه الا كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله قال مالك وذلك أحسن ما سمعت

حينئذ فهل تجزئه كفرته تلك أم لا روى سحنون عن أبيه أن المتظاهر يكفر بعدنية العودة لكن
يريد أن يطلقها أو يقول أن راجعتها حلت بغيرظهار لا تجزئه حتى ينوي العودة قال وهو قول
أكثر أصحابنا أن من كفر بغيرنية العودة لم يجزه وقد رأيت للشيخ أبي عمران أن ابن القاسم لا يراعى
العودة وإنما يراعى ذلك ابن الماجشون وسحنون فعلى هذا يجوز على قول ابن القاسم أن يكفر
قبل العودة ولذلك قال ابن سحنون في المنع من ذلك أنه قول أكثر أصحابنا وأما الخالف بالظهار
أن فعل كذا فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم لا يجزئه أن يكفر قبل الحنث كمن حلف بالطلاق
أن لا يفعل كذا لا يقدم الطلاق قبل الحنث ولو حلف ليفعلن كذا بطلاق أوظهار فإن له تقديم
الكفارة والطلاق قبل الحنث وهذا لأن الخالف ليفعلن على حنث من وقت يمينه فلا يقال فيه على
الحقيقة كفر قبل الحنث وإنما يريد بذلك قبل أن يفوته الذي حلف ليفعلنه والله أعلم (مسئلة)
والحالة الثانية إذا وجدت العودة قبل أن يوجد الوطء فإن الكفارة في هذه الحال مجزئة وليست
بلازمة رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك وقال لو طلقها وأمات سقطت عنه الكفارة ولو شرع فيها
لسقط عنه باقيها الآن يتزوجها بعد الطلاق فتثبت الكفارة ثانية وروى ابن المواز عن ابن
عبد الحكم أنه إذا أجمع على العودة لزمت الكفارة وإن مات أو طلقها قال ابن عبد الحكم أخبرني
أشهب عن مالك وبه قال أصبغ (مسئلة) والحالة الثالثة بعد الوطء فإنها حالة يتقرر فيها وجوب
الكفارة وكذلك لو مات أو طلقها لزمه إخراج الكفارة على كل حال ولو كان شرع فيها قبل أن
يموت أو طلقها لزمه تمامها

* قال مالك والظهار من
ذوات المحارم من الرضاة
والنسب سواء قال مالك
وليس على النساءظهار

(فصل) وقوله ويكف عنها حتى يكفر ويستغفر الله دليل على أنه قد أتى المخطور من تقديم المسيس
قبل الكفارة فيجب أن يتوب من ذلك ولا يستدعيه بل يستغفر الله تعالى مما تقدم منه (مسئلة)
وللرأة أن تمنعه نفسها قبل أن يكفرو ويحول السلطان بينه وبينها ويؤدبه أن أراد ذلك قاله ابن القاسم
في المدونة ووجهه أنه أراد ارتكاب المخطور المزجور عنه فوجب ردعه عنه بالأدب وفي المدونة
ويكون معها في البيت ويدخل عليها بالاذن إذا أمنت ناحيته ص قال مالك والظهار من ذوات
المحارم من الرضاة والنسب سواء قال مالك وليس على النساءظهار ص وهذا كما قال ابن القاسم
لازم من جميع ذوات المحارم فن حرمت عليه بازضاع أو النسب ولم يذ كر تحريم المصاهرة لام
زوجته وزوجة أبيه ويجب أن يكون حكمه من حكم من ظاهر لانهن ممن حرم عليه على التأيد وفي
المبسوط والمدونة عن ابن القاسم فإن ظاهر من صهر فهو مظاهر في رأيي لأن الله تعالى قال ولا
تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء (مسئلة) ومن قال لا امرأته أنت على كظهر أمي أو ابني
أو رجل من الناس فهو ظاهر رواه ابن زيد عن عيسى بن دينار وعن يحيى بن يحيى عن ابن نافع
ووجه ذلك أنه شبه امرأته بظهر من هو عليه كذوات المحارم وأشد تعريما فلزمه الظهار كما لو شبهها
بظهر بهيمة وكذلك من قال لزوجته أنت على كبعض من حرم القرآن (مسئلة) وأما من قال
لامرأته أنت على كظهر من تحلل له من أمائه وأزواجه فليس بمظاهر قاله الشيخ أبو اسحق ووجه
ذلك أنه إنما شبهها بمباحة بقيت على حكم الاباحة

(فصل) وقول مالك ليس على النساءظهار يريد أنه لا يلزمهن أن يظاهرن من الأزواج لان
التحريم ليس اليهن وإنما التحريم إلى الأزواج كالطلاق ولو طلق المرأة زوجها لم يكن له حكم
الطلاق وأصل هذا قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فعلق الحكم بازجال في نسائهم وبالله

تعالى التوفيق ض * قال مالك في قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على امساكها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة فان طلقها ولم يجمع بعد تظاهرها منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه قال مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمساها حتى يكفر كفارة المتظاهر * ش قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم قال مالك النساء واقع على الاماء الحرار والاماء الزوجات والسراري واحتج على ذلك بقوله تعالى وأمهات نسائكم وهذا عام في الزوجات والسراري

(فصل) وقوله عز وجل ثم يعودون لما قالوا قال مالك ان تفسير ذلك يعني العودة أن يجمع بعد الظهار على امساكها واصابتها هذا الذي ذكره في الموطأ وعليه أكثر أصحابه وقد قيل عنه غير ذلك مما سنبينه ان شاء الله تعالى وأصل هذا أن العلماء اختلفوا في الكفارة بماذا تتعلق فذهب مالك ومعظم الفقهاء الى أنها تتعلق بشرطين وجود الظهار والعودة وقال مجاهد والثوري يجب بنفس الظهار دون شرط آخر والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فقهر ير ربة من قبل أن يتبنا فعلق الكفارة بالظهار والعودة فن قال انما تجب بنفس الظهار دون العودة فقد خالف النص لان الحكم متى علق على صفتين كان الظاهر انهما شرطان في ثبوته كما قال رجل من أسلم وشرب الخمر فاجلدوه كان الظاهر أن الوصفين شرطان في وجوب الجلد (مسئلة) اذا ثبت أن العودة شرط تتعلق به الكفارة كالظهار فاختلف العلماء ماهي والمالك في ذلك ثلاثة أقوال قال الشيخ أبو القاسم إحدى الروايتين العزم على امساكها والثانية العزم على وطئها وقد ذكر في الموطأ الأمرين جميعا ويقتضى قوله هذا أن افراد كل واحد منهما بالعزم عليه عودة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهما عندي راجعان الى معنى الامساك لان من عزم على الوطء فقد عزم على امساكها الى أن يوطأ وليس من شرط العزم على الامساك أن ينوى امساكها أبدا بل لو عزم على امساكها سنة لكان عازما على الامساك وأما العزم على الوطء قال أحد بن حنبل روى عن مالك أبو القاسم بن الجلاب وغيره رواية أخرى ان العزم هو نفس الوطء وبه قال الحسن والزهرى وطاوس قال الشافعى أن يمضى من الزمان مدة يمكنه فيها إيقاع الطلاق فلا يوقعه والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فقهر ير ربة من قبل أن يتبنا وثم تقتضى المهلة فدل ذلك على أن العودة تكون بعد إيقاع الظهار بمهلة ووجه آخر وهو أن قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا يقتضى أن تكون العودة من فعل المظاهر إما عزم وإما غيره وإما أن تكون يمضى الزمان وترك طلاق فهو عدول عن الظاهر ومن جهة المعنى ان هذه كفارة يمين فيجاز أن يتأخر وجوبها عن اليمين أصل ذلك كفارة اليمين بالله تعالى (مسئلة) فاذا قلنا ان العودة تتقدم وتتأخر فذهب داود الى أن العودة هي إعادة لفظ الظهار والدليل على ما نقوله ان الكفارة انما تجب في الايمان بمخالفة اليمين ومن ظاهرا يقتضى ظاهرا تحرير زوجته فاذا أراد استباحتها فقد عاد فيما ترك وجع الى الوطء الذى حرم وفي مثل هذا يقال عاد فلان لكنا والى كنا اذا كان قد تركه وحرمه ثم رجع اليه ولذلك يقال عاد فلان لشرب الخمر اذا كان قد أظهر التوبة منه ثم رجع اليه ولو كان التلغظ بالظهار ثانيا يوجب الكفارة لا وجهها الاول فلما لم يوجب الاول لم يوجب الثاني لانهم ما من جنس واحد لفظا ومعنى وقد قال بعض أصحابنا ان قوله تعالى والذين يظاهرون من

* قال مالك في قول الله تبارك وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا قال سمعت أن تفسير ذلك أن يتظاهر رجل من امرأته ثم يجمع على امساكها واصابتها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهرها منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه * قال مالك فان تزوجها بعد ذلك لم يمساها حتى يكفر كفارة المتظاهر

نساءهم ثم يعودون مثل قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا لا يصح أن يراد بالقيئة ههنا إعادة الإيلاء فكذلك لا يصح أن يراد بالعودة إعادة الظهار وقال الأخفش تقديره والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون فحصر برقبة لما قالوا والله أعلم من أجل ما قالوا (فصل) وقوله فان أجمع على ذلك فقد وجبت الكفارة عليه يقتضى وجوبها بنفس العزم وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يجب عليه وجوباً متفرقاً كوجوب الكفارة بعد الحنث الذي لا يخرج منه إلا بالاداء والثاني أن لا يجب بالعودة وإنما يكون شرطاً في استباحة الوطء كالطهارة التي لا تجب لنفسها وإنما تجب على من أراد صلاة أو مس مصحف لاستباحة ذلك وقد روى عن مالك ما يدل على المعنيين في كتاب ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم قال مالك وعبد العزيز بن أبي سامة ان معنى قول الله سبحانه ثم يعودون لما قالوا انه ارادة الامساك والوطء فاذا أجمع على ذلك لزمت الكفارة ان ماتت أو طلقها وقد تقدم ذكره فهذا على المعنى الاول وأما على المعنى الثاني وهو الأظهر من مسائل أصحابنا وأقوالهم واليه ذهب أبو حنيفة وقد روى ابن القاسم وأشهب انه اذا أجمع على الامساك ثم صام بعض الكفارة ثم بانث منه انه لا شيء عليه فان نكحها يوماً ابتداءً ولو تقرر وجوبها لم تسقط عنه بذلك ألا ترى انه لو وطئ ثم بانث منه أو طلقها لم تسقط عنه الكفارة لما تقرر وجوبها عليه بالوطء

* قال مالك في الرجل يظاهر من أمته انه ان أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها * قال مالك لا يدخل على الرجل إيلاء في تظاهره الا أن يكون مضاراً لا يريد أن يفي من تظاهره

(فصل) وقوله وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابها فلا كفارة عليه يدل على رواية ابن عبد الحكم أن الكفارة لم تجب بعد عزم الاجماع على الامساك ويقتضى ان الاجماع على الامساك عودةً أما على رواية ابن القاسم في أن الطلاق بعد العودة يسقط الكفارة ويسقط التماضي على ما قد شرع فيه منها فانه لا معنى لاشتراطه أن لا يجمع على الامساك قبل أن يطلقها (فصل) وقول مالك فان تزوجها بعد لم يمسه حتى يكفر كفارة المتظاهر يقتضى بقاء حكم الظهار وهو المنع من المسيس قبل الكفارة ويقتضى قوله ان الاجماع على الامساك عودة ص * قال مالك في الرجل يظاهر من أمته انه ان أراد أن يصيبها فعليه كفارة الظهار قبل أن يطأها * ش قوله ان أراد من تظاهره من أمته أن يصيبها فعليه كفارة الظهار يقتضى تعليق الظهار بالأمه كتعلقه بالزوجة خلافاً للشافعي وقد تقدم وقد قال الشافعي فيمن تزوج أمه فظاهر منها ثم اشتراها انه لا يطؤها بمالك اليمين حتى يكفر وهذا يدل على أن للظهار تأثيراً في تحريم الوطء ولولا ذلك لوجب أن تحل له بمالك اليمين ص * قال مالك لا يدخل على الرجل إيلاء في تظاهره الا أن يكون مضاراً لا يريد أن يفي من تظاهره * ش قوله لا يدخل على الرجل إيلاء في تظاهره يريد أن يكون تظاهراً غير معلق بصفة وان علقه بصفة مثل أن يقول ان لم أفعل كذا وكذا فانه يضرب له أجل الإيلاء من يوم رفعه الى السلطان ويلزمه حكم المولى لان الوطء ممنوع محرم عليه حتى يفعل ما علق يمينه به فاذا كان ممتنعاً من الوطء لأجل يمينه بالظهار ولم تكن اليمين مباشرة للنع من الوطء لم يدخل عليه الإيلاء الا اذا طالبت الزوجة بذلك ورفعت فيضرب له السلطان من ذلك اليوم أجل المولى (مسئلة) وأما اذا كان الظهار مطعاً غير معلق بصفة فلا يدخل عليه بمجرد الظهار لان يمينه لم تبشر بالمنع من الوطء وإنما تحريم الوطء حكم من أحكامه كالطلاق الرجعي

(فصل) وقوله الا أن يكون مضاراً لا يريد أن يفي من تظاهره معنى ذلك أن يجد الكفارة فلا يكفر قاله مالك في المبسوط قال مالك واذا لم يبين ضرره لم يوقف الا أن يطول ذلك وروى أشهب

عن مالك في المتظاهر لا يجحد ما يعتق ولا يقدر على الصيام ولا يجحد ما يطعم فلا يخرج له وليسكف عن أهله حتى يجحد ما يكفر به يريد ولا حجة لها في هذا ثلاثة أحوال أحدها أن يتبين ضرره فيدخل عليه الإيلاء والثانية أن لا يتبين ضرره ولا عذره فلا يدخل عليه أجل الإيلاء بطول المدة والحالة الثالثة أن يتبين عذره فلا يدخل عليه إيلاء جملة (مسئلة) واختلف قول مالك في أجل الإيلاء في المدونة بيتدأله أجل المولى عند ما يرى الناس من أضراره ثم يجري بحساب المولى تأول بعض القرويين على أنه يضرب له الأجل من يوم يتبين ضرره وفي كتاب محمد أجله من يوم المتظاهر ولذلك اختصر بعض المختصرين مسألة المدونة والذي عندى أن القولين في المدونة وقد بينته في شرح المدونة والله أعلم ص * مالك عن هشام بن عروة أنه سمع رجلا يسأل عروة بن الزبير عن رجل قال لامرأته كل امرأة أنسكحها عليك ما عشت فهي على كظهر أمي فقال عروة بن الزبير يجزئه عن ذلك عتق رقبة * ش قال ابن مزي بن قلت لعيسى بن دينار أرأيت معنى هذا أي أول امرأة يتزوجها عليها فإنه يعتق عنها رقبة ثم إن تزوج بعد ذلك فلا شيء عليه قال نعم هو معنى قوله وبه أخذ وهو قول مالك بمنزلة من تظاهر من نسوة له في كلمة واحدة فليس عليه إلا كفارة واحدة يجزئ بها عنهن وقال يحيى بن يحيى عن نافع بن نافع لست آخذ به ولكني أرى أنه قد تظاهر من كل امرأة ينكحها عليها فكلما نكح امرأة كفر عنها قبل أن يمسه كفارة عن كل امرأة ومثله في كتاب ابن المواز فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أمي فإنه تنزله كفارة عن كل امرأة يتزوجها أبدا وفي العتبية عن مالك من رواية ابن القاسم مثل ما في الموطأ من قال كل امرأة أتزوجها عليك ما عشت فهي على كظهر أمي يجزئه في ذلك كفارة واحدة والله أعلم وأحكم

* ظهار العبد *

ص * مالك أنه سأل ابن شهاب عن ظهار العبد فقال نحو ظهار الحر * قال مالك يريد أنه يقع عليه كما يقع على الحر * ش وهذا كما قال ابن شهاب أن ظهار العبد كظهار الحر في لزومه وتعلق أحكامه به على ما فسر له مالك رحمه الله من أنه يقع عليه كما يقع على الحر والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا الآية ولم يفرق بين الأحرار والعبيد ولا يجوز أن يقال إن العبد لما لم يكفر بالعتق ليس من أهل الظهار ولا مخاطب بالآية كما لا يجوز أن يقال ذلك في المعسر الضعيف عن الصيام لأنه قد قال تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين والعبد ليس بواجب للرقبة فيصوم شهرين لحكمه ثابت بالآية ص * قال مالك وظهار العبد عليه واجب وصيام العبد في الظهار شهران * ش قوله أن ظهار العبد عليه واجب يريد أنه يلزمه ويثبت في حقه حكمه وقوله وصيامه في الظهار شهران يريد أن حكمه في قدر الصيام حكم الحر لأن صيامه على وجه الكفارة والكفارات يستوى فيها حكم الأحرار والعبيد كسائر الكفارات وأما العتق فلا يثبت في حقه لوجهين أحدهما أنه محجور عليه في ماله والثاني أن الولاء لا يثبت له فأما الحجر عليه فإن المحجور عليه على ضربين أحدهما أن يحجر عليه لحق نفسه كالفقيه المولى عليه فهذا يلزمه الظهار كما يلزمه الطلاق وأما الذي يجب عليه به فاختلف أصحابنا في ذلك ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أن له أن يعتق بغير إذن وليه إن كان مليا وإن لم يكن له إلا رأس لم أحب له إلا الصيام وقال أصبغ في الموازنة لا يجزئه إلا العتق إن كان له مال فإن لم يكن له مال صام

* وحدثنى عن مالك عن

هشام بن عروة أنه سمع

رجلا يسأل عروة بن الزبير

عن رجل قال لامرأته كل

امرأة أنسكحها عليك

ما عشت فهي على كظهر

أمي فقال عروة بن الزبير

يجزئه عن ذلك عتق رقبة

* ظهار العبد *

* حدثنى يحيى عن مالك

أنه سأل ابن شهاب عن

ظهار العبد فقال نحو

ظهار الحر * قال مالك

يريد أنه يقع عليه كما يقع

على الحر * قال مالك وظهار

العبد عليه واجب وصيام

العبد في الظهار شهران

ولا يمنع من الصوم فإن أبي فهو مضار وروى ابن نافع عن مالك برفع ذلك إلى السلطان قال رأى العتق خيرا له من فراق أهله أعطاء رقبة يكفر بها وإن رأى ذلك خيرا فرق بينه وبين امرأته ولا يصوم ومن المدينة قال ابن المواز إن لم ير له وليه الكفارة بالعتق كفره بالصوم فقول ابن وهب مبني على أصليين أحدهما إن مات قرر وجوبه بالشروع من حقوق الله ليس مصر وفأدأوه إلى اذن الولي فإذا أخرجه المولى عنه نفذا خراجه وأجزأ عنه كركاة ماله والوجه الثاني أن منع الولي من العتق على وجه صحيح من النظر يقوم مقام عدم الرقبة في جواز الانتقال إلى الصوم وقول مالك مبني على أن للسلطان النظر في ذلك لما كان الخروج عن هذا الحق يصح بوجهين كان له النظر في أرشدهما وعلى أن منع السلطان من العتق لا يبيح الانتقال إلى الصوم مع وجود الرقبة وانما له النظر في أرشاد الأمرين العتق عنه أو الطلاق عليه وقول ابن المواز مبني على أن للولي النظر في انفاذ العتق أو منعه وإذا منع منه قام ذلك مقام عدم الرقبة فانتقل إلى الصوم (مسئلة) وأما المحجور عليه لحق غيره كالعبد فإنه لا تجوز له الكفارة بالعتق لمعنيين أحدهما حق السيد والثاني أن الولاء لا يثبت وذلك يمنع وقوع العتق عنه وعن مالك في المدونة والمبسوط لا يجزئه العتق وإن أذن له السيد فيه لأنه لا يكون له الولاء وقد قال عبد الملك بن الماجشون لا يكفر بالعتق لأن الولاء لسيد (مسئلة) فإذا قلنا لا يجوز له العتق وإن فرضه الصيام فهل لسيد أن يمنعه منه أم لا في كتاب ابن المواز روى ابن القاسم عن مالك أنه لا يخلعه عليه إذا أضر ذلك بهم في خدمته وعمله وإذا لم يضر ذلك بهم وانما قصد واليفر قوايينه وبين أهله أجبر وعلى ذلك قال ابن الماجشون ليس لسيد منعه من الصوم وإن أضر ذلك به في عمله وقاله محمد بن دينار في المدينة وقال لو شاء سيده لم يأذن له في النكاح وجه قول مالك أنه معنى أدخله على نفسه فليس له أن يدخل على نفسه ما يضر بسيد في عمله كحقوق الآدميين ووجه قول ابن الماجشون أن هذا صوم قد ثبت عليه فلم يكن لسيد منعه كالفرض ولأن هذا من أحكام النكاح التي قد ملكها بالنكاح فلا يكون لسيد منعه إلا بما يتعلق بماله (فرع) فإذا قلنا بقول مالك أنه منعه إذا أضر ذلك به في كتاب ابن معن عن مالك أن كان يؤدي الخراج لم يكن له منعه فإن قوى على صومه وعمله فلا يمنع ووجه ذلك ما قد رناه (فرع) فإذا كان يضر بعمله وسوغنا للسيد منعه من الصوم فقد قال ابن القاسم أن منعه سيده الصيام وأذن له في الاطعام أجزاء قال مالك في المبسوط أن أذن له سيده في الاطعام فالصيام أحب إلى منه قال ابن القاسم لا أدرى ما ندنا وليس يطعم أحد يستطيع الصيام ولا أرى جواب مالك في المسئلة الا وهما ولعله أراد كفارة اليمين قال القاضي أبو اسحق معناه أن لا يقدر على الصوم فيقول الاطعام يجزئه وليس يستحسنه لأن للسيد التصرف فيه قبل أن يخرج به إلى المساكين ويحتمل عندي أن يكون معنى ذلك أن الصوم يضر به في عمله فالسيد منعه منه على قول مالك ويأذن له في الاطعام فالصيام كآب أفضل أن يأذن له فيه ويحتمل أن يريد به أنه لا يصوم إلا بأذن السيد ولا يطعم إلا بأذن السيد فالصيام أحب إليه أن يأذن فيه لأنه لا يقدر السيد أن يتموله قبل انفاذه ويقدر على إزالة المال منه قبل انفاذه وقال ابن الماجشون ولأنه لو شاء رجوع عن اذنه وفي المدينة قال محمد بن ابراهيم بن دينار ليس على العبد المتظار عتق ولا اطعام ولو كان يجتديطع ويعتق ولكن يصوم وقال ابن الماجشون في المبسوط لا يطعم إلا بأذن السيد لا يخرج الاطعام من ملك السيد إلا إلى المساكين قال الشيخ أبو محمد يريد أن ملك العبد غير مستقر ولفظه يقتضي

غير هذا لانه اذا كان ملكه غير مستقر عليه لم يوجب ذلك أن يكون من ملك السيد وانما يقتضى قول ابن الماجشون هذا ان العبد لا يملك انما يملك ما يضاف اليه من مال سيده وجهر وابنه ابن القاسم ان العبد يملك ما يطمح وليس في الاطعام معنى يراعى غير اذن السيد لانه ممنوع لحق السيد فاذا أذن فيه السيد جاز كالصوم ووجه قول ابن الماجشون ما قدمناه ص * قال مالك في العبد يتظاهر من امر أنه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه * ش وهذا كما قال ان العبد لا يدخل عليه ايلاء بنفس الظهار ولا بالتوقيف لان صيامه شهران وأجله في الايلاء شهران فان أطر ساهيا أو لمرض يقضى أحل الايلاء قبل تمام الكفارة ولا يجوز أن يضرب أحل الايلاء على هذا وهذا القول من مالك يحتمل وجهين أحدهما انه لا يضرب له أجل الايلاء بوجه ولو أذله سيده في الصوم لان صومه لا ينقض حتى ينقض أجل الايلاء وتعليل مالك في الموطأ يقتضى غير هذا غير اني لأعلم أحدا من أصحابنا قال بذلك ولا يوجد لك على هذا التفسير ولعله أراد ان هذا من بعض ما يعتد به العبد في رفع أجل الايلاء عن نفسه والثاني أن يريد العبد الصوم ويمنعه منه سيده لانه يضرب به فان في ذلك عذرا للعبد يمنع دخول الايلاء عليه وبه قال أصبغ وقدرى ابن القاسم عن مالك لا يدخل على العبد ايلاء الا أن يكون مضارا لا يريد أن ينفى أو يمنع أهله الصيام بأمر لهم فيه عذر فهذا يضرب له أجل الايلاء ان رافعته امر أنه فعنى ذلك ان الأجل انما يضرب بالشرع في الكفارة اذا امتنع منها وكذلك اذا منعه منه أهله فاما يضرب له الأجل ليبيح أهله في أثناء ذلك التكفير بالصيام وأما أصبغ فلم يمنع أهله من الصيام ضررا يدخل عليه به الايلاء لانه ليس من قبله وانما هو حر يملكه غيره كما لا يدخل على الحر الايلاء بترك عتق عبدا يملكه والله أعلم

* ماجاء في الخيار *

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت احدى السنن الثلاث انها أعتقت فخيرت في زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تغور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يارسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لاتأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليها صدقة وهو لنا هدية * ش قول عائشة رضى الله عنها كان في بريرة ثلاث سنن تريد ثلاثة أحكام مشروعة سنهار رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت أسبابا مختصة ببريرة وفي هذا ما يدل على أن نفعنا أسباب الأحكام مما اهتبل به الصحابة رضى الله عنهم ونقله عنهم العلماء لان ذلك عون على فهم معنى الحكم وعمومه أو خصوصه ووجه تعلقه بمن تعلق به من اختصاص به أو تعداى غيره وفيه عون على حفظ الأحكام واستدامة حفظها

(فصل) ثم فسرت ذلك فقالت ان احدى السنن الثلاث انها أعتقت فخيرت في زوجها ومعنى ذلك انها كانت أمة وكان زوجها عبدا اسمه مغيث كذلك روى ابن عباس رضى الله عنه فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في البقاء معه على حكم الزوجية أو الانفارقة ولا خلاف في ذلك اذا كان الزوج عبدا لان الحرية رتبة أرفع من رتبة الرق وليس للعبد أن يزوجه إلا بان يبين لها أمره

قال مالك في العبد يتظاهر من امر أنه لا يدخل عليه ايلاء وذلك انه لو ذهب يصوم صيام كفارة المتظاهر دخل عليه طلاق الايلاء قبل أن يفرغ من صيامه * ماجاء في الخيار * * حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين انها قالت كان في بريرة ثلاث سنن فكانت احدى السنن الثلاث انها أعتقت فخيرت في زوجها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تغور بلحم فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم فقالوا بلى يارسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لاتأكل الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو عليها صدقة وهو لنا هدية

ولو غيرها ثم اطلعت على أنه عبد كان لها مفارقه فلما تزوج العبد أمة وكانت من نسائه مساوية له في الرتبة لم يكن لها خيار ما كانت رقيقا مثله فاذا ارتفعت رتبته بالحرية كان لها أن تفارق لتقصه عن رتبته أو تقيم معه (مسئلة) وان كانت مدخولا بها فقد اختلف قول مالك فيه فقال مرة ليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة هذا الذي ذكره في المدونة وأكثر الكتب وفي المدينة أن قوله الاول لها ايقاع أكثر من ثلاث روى عبد الرزاق بن دينار عن محمد بن يحيى قال مالك اذا أعتقت الأمة تحت عبد كان لها أن تطلق نفسها أكثر من تطلقه واحدة قال محمد بن يحيى وقد قال ليس لها ذلك قال عيسى بن دينار قال ابن القاسم يقول مالك الاول لها ذلك وفي المبسوط من رواية أبي ثابت عن ابن القاسم نيتين لأن ذلك جميع طلاق العبد ولعله مما أصلحه أبو ثابت والقاضي أبو اسحاق على أن لقوله ثلاثا وجهان فاسئله ان شاء الله تعالى فوجه قوله أنه لا يملك الا طلاقه بئنة ان عدد الطلاق انما هو حكم مختص بالأزواج ولما حصل للزوجة ما تملك به نفسها وجب أن تكون طلاقه بئنة ولو كانت تملك عدد الطلاق لكانت الواحدة رجعية والطلاق الواجب بالشرع هو بئن وان عرا عن العوض ووجه الرواية الثانية أن جهة الزوجة لما انتقل اليها الطلاق انتقل اليها العدد وكانت جهة حرية فكملت فيها الثلاث ويبين هذا أن زياد بن جعفر روى عن مالك أنه ان طلقها بطلاقه أو طلقته فانها أملك لنفسها وهو خاطب من الخطاب فلم يحرمها عليه بالثنتين فدل ذلك على انها لا تبين الا بالثلاث وروى محمد بن يحيى الشيباني عن مالك في المدينة كانت تحت عبد فطلقها ثم أعتقت في عدتها فاخترت نفسها فقد بئنت منه لأن طلاق العبد نكاح فثبت ان في المسئلة وابتين قال محمد ولو اخترت نفسها ولانية لها كانت واحدة بئنة ومعنى ذلك ان اللفظ اذا كان موضوعا للطلاق الواحدة وصح أن يقع به الثلاث فان اطلاقه يقتضي الواحدة كقول الزوج أنت طالق وفي المبسوط انه طلاق وليس بفسخ (مسئلة) واذا كان الزوجان نصرانيين وسيدا هما مسلمين كان ذلك حكمهما قاله أشهب في العتية والموازية لان السيد لما كان له تعلق بالفرقة من استباحة الأمة بملك اليمين كان الحكم بين مسلم وكافر فاجرى على حكم الاسلام وروى عن أصبغ انه قال وكذلك لو كان السيد نصرانيا وأنكرها سحنون وقال لا يعرض لهم (مسئلة) واذا كان نصف الأمة حرافة أعتقت تحت عبد فلها الخيار رواه ابن القاسم عن مالك في العتية ووجه ذلك ان حكمها حكم الأمة ما بقي فيها شعبة من الرق فلا خيار لها كالاختيار للأمة وفي المبسوط عن مالك في الأمة تحت العبد يعتق بعضها لا خيار لها حتى يعتق جميعها فاذا اكمل عتقها انتقلت الى حكم الحرية فثبت لها الخيار ولو أن مدبرة أو أم ولد تو في سيدهما فعتقا أو مكاتبه أدت كتابتها كان لها الخيار اذا كان الزوج عبدا رواه القعني عن مالك في المبسوط ووجه ذلك ما قدمناه من وجوب الخيار بتمام العتق (مسئلة) فان أعتقت الأمة في حال حيض ففي العتية من رواية عيسى بن دينار عن ابن القاسم لا تختار حتى تطهر فان اختارت مضى فان أخرت فعتق الزوج قبل أن تطهر لم يقطع ذلك خيارها ووجه ذلك أنه قد ثبت لها الخيار في وقت لم يكن للزوج المنع منه وانما أخرت ايقاعه للشرع لارضى بالزوجة فكانت باقية على خيارها وفي المبسوط من رواية القعني عن مالك اذا أعتقت تحت العبد فلم يبلغها حتى عتق زوجها بطل خيارها وقال لا خيار لها اذا لم تختار حتى يعتق زوجها ويحمل هذا أن يكون على روايتين ويحمل أن يكون الفرق بينهما أن الحائض ممنوعة بالشرع والله أعلم (مسئلة) ولو أن أمة تحت عبد قالت متى أعتقت فقد اخترت نفسي أو اخترت

زوجي في العتية من رواية أشهب عن مالك ليس ذلك بشئ وروى عن مالك في الحررة ذات الشرط في النكاح والتسرى تقول متى فعل شياً من ذلك زوجي فقد اخترت نفسي أن ذلك لها قال المغيرة هما سواء ولا شئ لهما فالفرق بين الامة نعتق والحررة تأخذ بشرطها على رواية أشهب عن مالك أن الامة ليست بصفة من يختار فلذلك لم يجز خيارها والحررة بصفة من يختار ومن قد ثبت لها الخيار وانما علق نفوذ بصفة مخصوصة فقد أوقعته على حسب ما جعل اليها من تأخير الوقوع ولم يعلق بوجود تلك الصفة ابقاها الطلاق وانما علق بها وقوعه ووجه قول المغيرة أن الحررة انما جعل ذلك اليها في وقت مخصوص وهو بعد أن يوجد من الزوج النكاح أو التسرى فكذلك لا يصح وقوع الطلاق قبله فكذلك الامة لان الشرع انما جعل ذلك لها بعد وجود العتق فليس ذلك لها قبله

(فصل) وقوله رضي الله عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق معنى ذلك أن بريرة كان أهلها وهم بنو هلال كاتبوها فأرادت عائشة رضي الله عنها أن تشتريها ويكون ولاؤها لها وأراد أهلها أن يبيعوها ويستثنوا ولاءها فجوز النبي صلى الله عليه وسلم البيع وأبطل اشتراط البائعين الولاء وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يصح ذلك عندنا على أصول نبينا بعد في كتاب الكتابة أن شاء الله تعالى فمن ذلك أن تكون بريرة قد عجزت عن أداء ما وجب عليها من نجومها وصارت في حكم من عاد إلى الرق فلذلك أجاز بيعها ووجه ما أمر به صلى الله عليه وسلم من ابطال اشتراط الولاء أن الولاء ليس مما يتناوله البيع وانما هو شئ يترتب بالعتق وانما يملك المشتري منافع العبد مادام حيا في رقه وهي التي يتناولها شراؤه ومن اشترط الولاء فاما اشترط معنى ثبت بعد زوال الملك فصح شراؤه ولم يؤثر استثنائه في العقد لانه لم يتناول الاستثناء ما يتناوله عقد البيع وانما تناول معنى آخر لا يثبت الا بعد استيفاء المبيع وقد اختلف العلماء فبين نكح على أن لا ميراث بينهما في الموازية عن أصبغ يفسخ وإن دخل وقال محمد ليس بنكاح لا يتوارث في أصله فيكون حراما وانما دفع الميراث بالشرط فأحب إلى أن يسقط الشرط ويثبت النكاح وبلغني ذلك عن مالك والمغيرة وقال بعض من تكلم على هذا الحديث أن الولاء اشترطته عائشة رضي الله عنها لنفسها وإن معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم واشترط لي لم الولاء أي اشترطه عليهم لان اللام قد تكون بمعنى على وهذا الذي قاله غير صحيح من وجوه أحدها أن اللام على أصلها لا يجوز أن يعدل بها عن ذلك الا بدليل والثاني أنه صلى الله عليه وسلم زجر عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما بال رجال يشترطون شرطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فشرطه باطل كتاب الله أحق وانما الولاء لمن أعتق ووجه ثالث ما روى هشام عن أبيه عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب في ذلك فقال ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يا فلان والولاء لي انما الولاء لمن أعتق وروى عبد الله بن يوسف عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة رضي الله عنها قالت تشتري جارية لتعتقها قال أهلها على أن ولاءها لنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فإن الولاء لمن أعتق وهذا نص في منع ذلك التأويل والله أعلم

(فصل) وقوله ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم والبرمة تفور بلحم تربد بماء بالحم وما كان معه من مرة حتى صارت تفور بالغليان فقرب اليه خبز وادام من ادام البيت يريد ما يكون مدخرا في البيوت كالسمن والملح ولا يكاد يعدم منها وقوله صلى الله عليه وسلم ألم أر برمة فيها لحم انكار لتقدم اليه مادون اللحم من الادام مع وجود اللحم وهذا يدل على أنه صلى الله عليه وسلم لم يكن يقدم

اليه الأفضل ما يكون عنده من الادام والطعام ويدل على ان أكل الانسان أفضل مامعه من الادام
ليس بمناف للورع لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من الطيبات واعملوا صالحا إني بماتمون
عليهم لان الورع انما هو في سلامة المكسب من الشبهة وبعد ذلك فان الايثار به وجه من وجوه البر كما
ان انفاقه على العيال والتوسعة منه عليهم وجه من وجوه البر

(فصل) وقولهم بلى يا رسول الله ولكنه لم تصدق به على بريرة وأنت لانا كل الصدقة اخباره بالوجه الذى منع من تقديمه اليه وهو انه لا يأكل الصدقة وهذا مما تصدق به على بريرة وهذا يدل على أنه لم يكن يتمتع منه لفضله على سائر الادماء ولو عهد منه زكاة لذلك كما عهد منه تركه أكل الصدقة لجوب به وليس من هذا الباب السرف في المطعم والخروج به عن العادة وما اتخذ به المطاعم المستطابة المعتادة ونجاوز ذلك الى السرف الخارج عن العادة وجمع الادماء والألوان على أكثر الأوقات مع حاجة الناس وضيق معاشهم ولأبأس بجمع الادماء في النادر لضيف أو ولية أو ما أشبه ذلك أو احتفال في عيد أو اجتماع وانما يكره من ذلك في باب الورع والخروج الى حد السرف بكثرة الألوان والخروج بها عن الوجوه المعتادة من وضع الطيب فيها بكثير الائمان وأقبح ما يكون ذلك عند نزول الحاجة بالناس وضيق معاشهم وضرورتهم الى المواسة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم هو لها صدقة وهو لئنا هدية يريد صلى الله عليه وسلم انه لا يأكل صدقة أخرجهما متصدقها فجعله صلى الله عليه وسلم محلا لقبولها أو كان هو صلى الله عليه وسلم ممن يأكلها ما قبل أن تكمل الصدقة فيها بل وعلوها محلا فاذ بلغت محلها وصارت بيد من تصدق بها عليه جاز أن يهديها اليه من قبضها وتصدق بها عليه أو يبيعها منه أو يصيرها اليه بغير وجه الصدقة ولو كان ما تصدق به مرة ثبت له حكم الصدقة أبدأ المأجل للفقير اذا تصدق عليه بشئ أن يبيعه من غنى بل لا خلاف بين المسلمين انها تنتقل عن حكم الصدقة الى حكم البيع والهبة والميراث فيرثها الغنى عن مورثه الفقير وتصور اليه عنه بالهبة وغير ذلك من أنواع التملك ولا يكون لشئ من ذلك حكم الصدقة وانما له حكم الهبة الذي نقل آخره والله تعالى التوفيق ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول في الأمة تكون تحت العبد فتعتق ان لها الخيار الم عسها قال مالك وان مسها فرعت انها جهلت ان لها الخيار فانها تهم ولا تصدق فيما ادعت من الجهالة ولا خيار لها بعد ان عسها ﴾ ش قوله في الأمة تكون تحت العبد فتعتق ان لها الخيار من تعلق بدليل الخطاب اقتضى ذلك عنده انها اذا كانت تحت الحر ان لا خيار لها وعوده بمالك وان لم يقل بدليل الخطاب لما قدمناه فان الرتبة التي تحصل لها بالحرية فوق رتبة العبد فأوجب لها ذلك الخيار واذا كان زوجها حرا لم تكن بالعتق أرفع رتبة منه فلم يكن لها الخيار

(فصل) وقوله ان لها الخيار ما لم يمسه يردان لا يختص خيارها بالمجلس الذي يعلم فيه بعقتها بل لها ذلك ما لم تمكنه من نفسها طاعة أو يترك ذلك ابتداء أو يوقفها السلطان فاما قضت واما أخرج ذلك من يدها (مسئلة) واذا قيل لها اختارى بعد العتق فقالت حتى أنظر وأستشير ومنعته نفسها فان ذلك لا يقطع خيارها وهذا يدل على أن ذلك لا يختص بمجلس العتق ولا بمجلس علمه به وفي المدينة سئل ابن كنانة عن أمة عتقت تحت عبد فأقامت تحته أياما ثم هاج بينها مشي فأرادت أن تختار فقال اذا علم من حالها بعد عتقها الرضا لم يكن لها ان تختار لشي وقع بينها وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم لها ذلك الا أن يشهد عليها بالرضا والاقامة وترك الخيار

* وحدثني عن مالك عن
 نافع عن عبد الله بن عمر
 أنه كان يقول في الأمة
 تكون تحت العبد فتعتق
 ان الامه لها الخيار مالم
 يمسه اقال مالك وان مسها
 زوجها فرعت أنها جهلت
 أن لها الخيار فانها تهم ولا
 قصدق بما ادعت من
 الجهالة ولا خيار لها بعد
 أن عسها

(فصل) وقوله فان مسها فزعمت انها جهلت ان لها الخيار لم تصدق ولا خيار لها وهذا كما قال لان ادعاءها الجهل يحق لها بعد أن يوجد منها ما ظهره اسقاط ذلك الحق لا تصدق له لانه رجوع في حق أسقطته

(فصل) وقوله ولا خيار لها بعد أن يسها ير يد بعد علمها بالعتق ولو قالت لم أعلم بالعتق وقدم مسها بعده ففي كتاب ابن المواز انها مصدقة ما لم يتم بينتها علمت بذلك ووجه ذلك ان الأصل عدم علمها وما يدعى عليها من العلم فأمر طاري يجب على مدعيه ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير ان مولاة لبني عدى يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد وهي أمة يومئذ فعتقت قالت فأرسلت الى حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فدعتني فقالت اني مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنع شيأ أن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك فان مسك فليس لك من الأمر شيء قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقه ثلاثا * ش قوله ان مولاة لبني عدى يقال لها زبراء كانت تحت عبد وهي أمة يومئذ يدل على أن المولاة غير الأمة وانها لا توصف بمولاة حين كونها أمة ولذلك أخبر عن مولاة لبني عدى وذكر انها كانت أمة يوم كانت تحت العبد ولو كانت مولاة حين كونها أمة لاستغنى عن أن يقول بعد قوله مولاة لبني عدى أمة يوم كانت تحت العبد وانما وصفت زوجها بالعبودية لتشير الى أن هذا الحكم الذي ثبت لها بالعتق متعلق بمن كان زوجها عبدا

(فصل) وقوله فعتقت تحت العبد وبذلك العتق وصفت بعد ذلك بانها مولاة من أعتقها فلما عتقت أرسلت اليها حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تعلمها بما ثبت لها من التخيير بالعتق وهذا حكم كل من علم لأخيه المسلم حقا يخاف أن يخفى عليه ويضيع إذا لم يعلم به أن ينهيه عليه ويعلمه (فصل) وقولها اني مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنع شيأ يقتضى دين حفصة وفضلها وانها لم تصد بذلك أذى الزوج وانما قصدت اعلامها بما يجب لها ثم أعلمتها انها لا تحب أن تنارق قبل تحب أن تبقى على حكم الزوجية ثم أعلمتها بحكمها فقالت لها ان أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك فاقتضى ذلك ان مدة كون أمرها بيد حاملا لم يسها وما بعد ذلك فلا خيار لها لان المدة كلها مدة لا متنازع فيها فاذا تبين لها ان هذا المقدار من المدة ثبت لها فيه حكم الخيار لما كان من عتقها تحت عبد وجب أن يبطل الخيار بالمسيب ويرجع الى حكم ملك الزوج لها ثم بينت ذلك فقالت فان مسك فليس لك من الأمر شيء

(فصل) وقولها فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقه ثلاثا يقتضى ما قلناه على احدى الروايتين ان الزوجة لما كانت حرة وملك الطلاق ملكته ثلاثا وهذا يقتضى أنه لم يتقدم له فيها طلاق ولو تقدم له فيها طلاق لا تحسب بها عليه واجتزأت الآ بطلقة واحدة تبرئها منه وفي المبسوط في عبد تحت أمة فطلقها طلاقة ثم عتق ثم طلقها ثانية فقد بان منه ثلاث لأن نصف طلاق العبد طلاقة تقوم مقام طلاقة ونصف فاذا أوقعها كان كأنه قال لها أنت طالق طلاقة ونصف طلاقة ولو قال ذلك الحر لزمه طلقان فكذلك العبد اذا أوقع طلاقة لزمه طلقان فاذا أعتق فاستأنبت له طلاقة والنصف لا يصح ايقاعه فاستأنبت له فيها طلاقة واحدة ص * مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال أيام رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فانها تخير فان شاءت فرت وان شاءت فارقت * ش قوله رضى الله عنه أيام رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر قال ابن زيد فقلت لعيسى بن دينار قول سعيد بن المسيب أيام رجل تزوج امرأة وبه جنون أو جذام أو برص فانه

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن مولاة لبني عدى يقال لها زبراء أخبرته انها كانت تحت عبد وهي أمة يومئذ فعتقت قالت فأرسلت الى حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فدعتني فقالت اني مخبرتك خبرا ولا أحب أن تصنع شيأ إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك فان مسك فليس لك من الأمر شيء قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقه ثلاثا * وحدثنى عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب انه قال أيام رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فانها تخير فان شاءت فرت وان شاءت فارقت

بالخير ما هذا الضرر فقال جندام أو شئ يمنع الوطء فأما رواية الأصل الذي فسرناه فالضرر في الزوج الجندام والعنة والضرر على حسب ما تقدم فيه من الخلاف وأما على سؤال ابن زيد فان الضرر في المرأة غير ما ذكرناه الفرج وهو القرن الذي يمنع الوطء، وأما شبهه من موانع الوطء، وقد تقدم الكلام على معاني هذه الصفات وأحكامها بما يغني عن الاعادة ص * قال مالك في الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسها إن إذا اختارت نفسها فلا صداق لها وهي تطليقة وذلك الأمر عندنا * ش وهذا كما قال ان الأمة إذا اعتقت تحت العبد فان لها الخيار سواء دخل بها أو لم يدخل بها على ما ذكر في الأصل فقد قال ابن زيد سألت عيسى بن دينار عن قول مالك لما جعل لها قبل أن يبنى بها طلاقاً بئنة وهو يقول في التي دخل بها تطلق ما شاءت ألبتة أو أقل من ذلك فقال إنما أراد بذلك مالك أن تكون واحدة بئنة إذا لم تطلق نفسها ثلاثاً وأمرها واحد دخل بها أو لم يدخل بها لها أن تطلق ما شاءت من الطلاق قال وأخبرني يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله وأما إذا دخل بها فقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله ولا صداق لها يريد أنها طلقت نفسها قبل الميسيس بمعنى تيقن في الزوج فلا شئ لها من الصداق كالتى تفارق زوجها بجنون أو جندام أو برص

(فصل) وقوله وهي طلاقه يريد على قول ابن نافع انه لم يوقع غير واحدة أو لم ينوشياً ولو أوقعت الطلاق لكان لها ذلك وعلى الرواية الثانية عن مالك أنه ليس لها غير طلاق لانهما تبين بها والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول إذا خير الرجل امرأته فاختارت له فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ما سمعت * ش وهذا كما قال ان الرجل إذا خير زوجته فاختارت المقام معه ان ذلك لا يكون طلاقاً والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من رواية مسروق عن عائشة رضى الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارناه فلم يعده لنا طلاقاً ومن جهة المعنى أنه علق الطلاق بصفة وهو أن يختاره أو يملكها إياه فتوقعه فإذا لم توجد الصفة أو لم يوقع الطلاق من ملكه وجب أن لا يقع أصل ذلك أن يقول ان دخلت الدار فأنت طالق أو يوكل أجنبياً على الطلاق فلا يوقعه ص * قال مالك في الخيرة إذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً وان قال زوجها لم أخيرك الا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ما سمعت * ش قوله في الخيرة إذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً يريد أن يطلق لفظ التخير يقتضى تملكها ثلاثاً تطليقات على ما قدمناه من أن التخير إنما هو تخيير بين قطع العصمة وإبقاء الزوجية وذلك لا يكون في المدخول بها الا بثلاث تطليقات وقد اختلف العلماء في معنى التخير فذهب أبو بكر القاضي ان التخير مكروه لما فيه من جمع الطلاق الثلاث قال الشيخ أبو عمران وما علمت من كرهه وهذا القول عليه جمهور العلماء والدليل على صحته ما روى مسروق عن عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارناه والفرق بين هذا وبين إيقاع الطلاق الثلاث جميعاً ان هذا ليس بإيقاع طلاق وإنما هو تمليك الزوجة إياه وإنما منع هو من إيقاعه (فرع) فإذا قلنا بأن التخير مباح للزوج فهل يحرم على الزوجة اختيار الفرقه وهي ثلاث قال الشيخ أبو عمران إنما يكره ذلك للزوج دون الزوجة (فصل) وقوله فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً ظاهراً يقتضى أن قولها قد اخترت نفسي إنما يقتضى في التخير ثلاث تطليقات وكذلك التملك لان هذا اللفظ إنما يقتضى ملكها لنفسها وإزالة ملك الزوج منها فهذا معنى اختيارها لنفسها وهذا لا يكون الا بثلاث تطليقات فإذا اقتضى تخييرها

* قال مالك في الأمة تكون تحت العبد ثم تعتق قبل أن يدخل بها أو يمسها إن إذا اختارت نفسها فلا صداق لها وهي تطليقة وذلك الأمر عندنا * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه سمعه يقول إذا خير الرجل امرأته فاختارته فليس ذلك بطلاق قال مالك وذلك أحسن ما سمعت قال مالك في الخيرة إذا خيرها زوجها فاختارت نفسها فقد طلقت ثلاثاً وان قال زوجها لم أخيرك الا واحدة فليس ذلك له وذلك أحسن ما سمعت

لها تملكه الثلاث واقتضى اختيارها لنفسها الثلاث حكمها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يطلق الخير تخيره أو يقيده فان أطلقه أو قيده بالثلاث حل على ذلك واذا قيده بمادون الثلاث فحكمه حكم التملك فاذا أطلق فأجابته المرأة فلا يخلو أن يجيب بلفظ يقتضى الثلاث أو بلفظ يقتضى مادون ذلك أو بلفظ محتمل فان أجابت بلفظ يقتضى الثلاث فحكمه ماتقدم ولو قالت اخترت نفسي ثم قالت أردت به واحدة لم تصدق في ذلك ولزمها الثلاث لان اللفظ صريح في ذلك (مسئلة) ولو خيرها فقالت طلقت نفسي واحدة بآئنة ففي العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ليس بشئ ووجه ذلك ما قدمناه من أن التخيير انما يقتضى قطع العصمة فاذا قالت طلقت نفسي واحدة كانت قد ردت التخيير ولا ينفهها قولها بآئنة لان الواحدة لا تكون بآئنة وان صرح بأنها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين أو قالت اخترت واحدة فقد قال ابن المواز ان مالكا وأصحابه قالوا ليس ذلك بشئ الا عبد الملك فانه قال يكون ثلاثا قال ابن المواز وما أدري من أين أخذه وجه قول مالك انها قضت بغير ما جعله اليها لأنه جعل اليها قطع العصمة فلم تقطعها وانما طلقت نفسها واحدة وليس ذلك منها مما جعل اليها فكان ذلك ردا لما جعله اليها ووجه ما قاله ابن الماجشون ان طلاق التخيير يقتضى قطع العصمة وهو لا يتبعض واذا طلقت نفسها ببعض لم تمامه كالمطلقة زوجها نصف طلاق كانت كاملة لما كانت الطلقة لا تتبعض وعلى هذا يجب أن يكون الخير قبل الدخول يقتضى تخيره الثلاث وبالله التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يلزمه شئ فلا يخلو أن ينكر عليها أو يسكت فان أنكر عليها وقال لم أخيرك الا في قطع العصمة بالثلاث لم يلزمه ما قضت به من الواحدة وليس لها أن تستأنف اختيار نفسها بالثلاث قال ابن المواز وذلك قول جماعة أصحابنا الأشهب فانه قال ذلك ما لم يفترقا وان سكت ولم ينكر فقد قال ابن المواز ان تبين منه الرضى به لزمته وله الرجعة وليست هذه الطلقة من قبل الخيار طلقة لارجعة فيها ومعنى ذلك أن المرأة اذا طلقت نفسها بخصرة الزوج وأظهر ما يقتضى الرضى بطلاقها لزمه ذلك والله أعلم وقولها قبلت نفسي عند ابن القاسم وجميع أصحابنا بمنزلة قولها اخترت نفسي قاله محمد الأشهب قال بغير حجة هو بمنزلة قبلت أمرى تسأل عما أرادت به (مسئلة) وان أتت بلفظ محتمل مثل أن تقول قبلت أو قبلت أمرى أو اخترت فقط ففي كتاب ابن المواز وغيره عن ابن القاسم ليس هذا الفراق وتسأل عما أرادت به وروى ابن المواز عن أصبغ في قولها اخترت أمرى هو فراق في التخيير والتمليك ولا تسئل عما أرادت ولا تحل الا بعد زوج وجه قول الجماعة ان قولها قبلت أمرى لفظ عام في الامر يحتمل معاني فلها أن تفسره بما شاءت ووجه قول أشهب ان ظاهر قبولها انما هو لما جعل اليها لم يكن لها من الفرقة فيعمل عليه (فرع) فاذا قلنا ان لها التفسير سئلت عما أرادت فقد قال ابن القاسم وأشهب ان قالت أردت اني قبلت ما جعل الي من الاختيار أو الملك وأنا أنظر الآن فأوقع ان شئت أو أرادت ان ذلك لها وفي المواز ية عن عبد الملك ان قالت لم أرد به الطلاق لم يقبل منها ولو علم انها ممن يعلم الفرق بين ذلك وبين الطلاق وقصدته لم يقبل منها ولا يكاد يفرق بين ذلك من الرجال الا من يفقه فرأيت منه انها البتة ووجه قول ابن القاسم ما قدمناه من ان لفظ الامر يحتمل ما قالته فيقبل منها ذلك ولا يلزمه أن لا يعلم هذا الا من يفقه فقد علمته هي وأخبرت به عن نفسها ولا يحمل الناس في أحكامهم الا على المعرفة (فرع) ولو قالت أردت بذلك البقاء مع زوجي فقد قال أشهب في المواز ية لا يقبل ذلك منها ويكون طلاقا الا أن تأتي بما يعرف به صدقها ولو قالت كنت لاعبة أو مستهزئة لم يلزمها شئ ودين

❖ قال مالك وان خيرها

فقال قد قبلت واحدة
وقال لم أرد ذلك انما
خيرتك في الثلاث جميعا
انها ان لم تقبل الا واحدة
أقامت عنده ولم يكن ذلك
فراقا ان شاء الله تعالى

﴿ ما جاء في الخلع ﴾

* حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
عمرة بنت عبد الرحمن أنها
أخبرته عن حبيبة بنت
سهل الأنصاري أنها كانت

تحب ثابت بن قيس بن
شماس وأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم خرج
إلى الصبح فوجد حبيبة
بنت سهل عند بابه في
الغلس فقال لهما رسول الله
صلى الله عليه وسلم من هه
فقال أنا حبيبة بنت سهل
يا رسول الله قال ما شأنك

قالت لانا ولا ثابت بن
قيس لزوجها فلما جاء
زوجها ثابت بن قيس قال
له رسول الله صلى الله عليه
وسلم هذه حبيبة بنت سهل
قد ذكرت ما شاء الله أن
تذكر فقالت حبيبة
يا رسول الله كل ما أعطاني
عندي فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لثابت
ابن قيس خذ منها فاخذ
منها وجلس في أهلها

وظاهر قول ابن القاسم عندي أن ذلك مقبول منها وهو الاظهر لانها اذا قبل منها الاستنزاء أو اللعب فبأن يقبل منها ما قالته من الرضى بزوجها أولى وأحرى (مسئلة) وهذا في المدخول بها وأما غير المدخول بها فإن زعم انه قال اختارى الثلاث فقصت بثلاث نفذ ذلك بينهما وان قصت بواحدة فلا شيء لها قال ابن حبيب عن أصبغ وكذلك ان لم تكن له نية ووجهه ان اطلاق هذا اللفظ يقتضى الثلاث فيحمل على ذلك زاد ابن حبيب ولذلك لم تنوهِ شيئاً (مسئلة) فان قالت أردت واحدة وطلقت هي نفسها واحدة أو فسرت اللفظ المحتمل بواحدة ففي كتاب ابن سحنون هي على ما نوت وان طلقت هي نفسها ثلاثا فهو على ما تقدم من التاميم

(فصل) وقوله وان قال زوجها لم أخيرك الا في واحدة فليس ذلك له معناه انه خيرها بلفظ هو صريح في الثلاث فاخترت بلفظ هو صريح في اختيار الثلاث فلم يكن له أن يدعي انه زاد واحدة ولو قالت هي أردت واحدة لم يقبل منها لما قدمناه ص **✽** قال مالك وان خيرها فقالت قد قبلت واحدة وقال لم أرد هذا انما خيرتك في الثلاث جميعا انها ان لم تقبل الا واحدة آفامت عنده ولم يكن ذلك فراقا ان شاء الله تعالى **✽** ش قوله انه خيرها فقالت قبلت واحدة على ما قدمناه من أن تخييرها يقتضي التخيير بين المقام أو قطع العصمة فاذا اختارت واحدة فقد أعرضت عما جعل لها فاخترت غيره فلم يلزمه ما اختارته لانه لم يجعل ذلك لها

(فصل) وقوله أنها إن لم تقبل إلا واحدة أقامت عنده يحتمل وجهين أحدهما إن لم يكن في جوابها له قبلت إلا واحدة على حسب ما تقدم من الخبر عنها فقد بطل خيارها وزمها المقام عنده وهو قول أكثر أصحاب مالك والثاني أنها إن لم تستأنف اختيار الثلاث بعد أن نكحها الزوج فإنها لا تنتفع بمأوقعتها من الطلقة الواحدة فيقضى ذلك إن لها أن تستأنف اختيار الثلاث ما لم يفترقا بعد أن أنكر عليها الزوج مأوقعتها من الوجوه وهو قول أشهب والله أعلم

﴿ ما جاء في الخلع ﴾

ص (مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الانصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابها في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله فقال ما شأنك فقالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجهما فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها ﴿ ش قوله صلى الله عليه وسلم من هذه يقتضي المبالغة في التغليس إلا أن لا يميزها وإن عرف أنها من النساء إلا أن تكون مستورة الوجه لكن ذكر الغلس مع قوله من هذه أظهر فياقتناه وقوله صلى الله عليه وسلم لما قالت أنا حبيبة بنت سهل ما شأنك انكار لمجيئها في ذلك الوقت أذ لم يكن وقت زيارة لأهبات المؤمنين ولا وقت طلب حاجة وانما تبكر في هذا الوقت لمعنى مهم فأخبرته بشأنها فقالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجهما أما لتعلمه أن ثابت بن قيس الذي تنسكو هو زوجها ويكون ذلك من قول الراوي ليعلم من نقل اليه الحديث أن ثابت بن قيس الذي أرادت مباينته وقطع ما بينها وبينه هو زوجها وإن ما تزعت من فراقه هو معنى قولها لا أنا ولا ثابت بن قيس

(فصل) وقوله لا أناولا ثابت بن قيس ظاهره الامتناع منه وحكمه حكم النشوز ويجبر على الرجوع اليه ان لم يرد فراقها بخلع أو غيره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم لزوجهما لما جاء هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله ان تذكره اعلامه بما أتت له وظاهر اللفظ يقتضي انه قصد صلى الله عليه وسلم الاخبار عن معنى ما أتت له ولم يفسر تفاصيل قوله ولا يحتمل أن تكون هي قد تشكت اليه ضررا فلم يحتج في أول الأمر الى أن يفسر له ذلك الضرر حتى يسئل عنه الزوج ويكفي من الاعلام للزوج أن يقال له اشكتك ضررا فان أنكره سئل البينة عما تشكت منه وان سأل التفسير لينكر منه أكثر مما فعله أو وليد عذره فيما أتى به منه ويحتمل أن تكون حبيبة لم تشك من ثابت بن قيس ضررا ولكنها كرهت مصاحبتها خاصة فلذلك لم يحتج أن يذكر له ما تشكت منه وقدر روى البخاري من حديث أيوب عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولادين ولكن لا أطيقه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه قالت نعم والذي عليه جهور الفقهاء انه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر خلافا لمن منع ذلك والدليل على ما نقله قوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا (مسئلة) واذا كان الضرر من قبل الزوجة والكراهية للزوج فلا خلاف في جواز الخلع وان كان الضرر منها معا فقد قال بعض القرويين لا يجوز أن يخالعا على ذلك بان يأخذ منها شيئا قال وهو منصوص لمن تقدم من علمائنا قال وليست كمسئلة الحكمين اذا كان الضرر منها جاز ذلك لان النظر في مسئلة الحكمين للحكمين فينفذ حكمهم ما في ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه اذا جاز ذلك في مسئلة الحكمين فبان يجوز منها اذا اتفقا على ذلك أولى

(فصل) وقول حبيبة بنت سهل لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطاني عندي اشارة الى أنها بذلت له لزوجهما على أن يفارقها وقد صرح في ذلك حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها أتردين عليه حديثه قالت نعم وقد قال تعالى فلا جناح عليهما فيما افدت به (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذ منها اباحة منه صلى الله عليه وسلم أخذ الفداء منها وقديصيح أن يكون ندبا الى ذلك لما رأى من اشفاقها واستضرارها بالمقام معه وقد بلغ ذلك منها الى أن خافت أن تأتي ماتا ثم به

(فصل) وقوله فأخذ منها فجلست في أهلها اتما ما منه لما قرره النبي صلى الله عليه وسلم بينهما من الخلع وليس فيه انه تكلم بطلاق ولا خلع وفي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك في رجل نكح امرأة فندم فقال له أهلها تؤدى اليك ما أخذنا منك وتؤدى الينا ختنا ولم يكن بينهما طلاق ولا كلمة فقبل انه ان تزوجهما بعد ذلك كان ما تقدم من ذلك تطليقة وتكون عنده على تطليقتين وفي العتبية من رواية ابن القاسم اذا قصد الى الصلح على أن يأخذ متاعه وسلم اليها متاعها فهو خلع لازم قال لها أنت طالق أو لم يقل ووجه ذلك ان المفهوم مما أتوه انفاذ الطلاق وايقاعه والفرقة الموجودة بينهما والاتصال انما كان على وجه الطلاق فوجب أن يكون طلاقا كالاشارة به أو الكتابة له

(فصل) وقوله وجلست في أهلها يحتمل أن يريد به ان كانت الدار لها انها جلست فيها دونه مدة العدة مع خدم ان كان لها أو حاشية ممن كان معها قبل الخلع ووصفت بذلك انها جلست في أهلها لما كان هذا الجلوس لها ومختصا بها وقبل ذلك فانما كان الجلوس له ويحتمل ان كانت الدار لها انها

بقيت فيها لم ينقلها عنها لاستحقاقها لها ولعله كان ساكناً معها في محلها عند أقاربه فانتقل هو عن ذلك المكان إلى أهله وأقاربه والله أعلم ص **✽** مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عليها عبد الله بن عمر **✽** ش قوله أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها يحتمل أن يكون ذلك قد مر ما صدقها وأن يكون أكثر أو أقل فأما الخلع بكل ما صدقها أو أقل فجاز عند جميع الفقهاء وأما الخلع بأكثر من ذلك فسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وقولها بكل شيء لها يحتمل أن يكون سمته وصفته وأحضرته حتى كان معروفاً غير مجهول ويحتمل أن يكون الخلع وقع لها بهذا اللفظ على أن تنخلع له من كل شيء لها فيكون ذلك مجهولاً ولا يخالو ذلك من أن يوجد لها شيء أو لا يوجد لها شيء فإن وجد لها شيء له مقدار فإن الخلع نافذ وذلك أن الخلع على العبد الأبق جاز عند مالك ويجوز ذلك على الجنين في بطن أمه أو أوال الجمل الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها وفي المدونة والمبسوط يجوز بما يمر نخله العام وبما تلد غنمه العام خلافاً لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به وهذا عام ومن جهة القياس أنه مما يملك بالهبة والوصية فجاز أن يكون عوضاً في الخلع كالعلوم (فرع) إذا ثبت أنه يصح الخلع بالغرر فإنه إن سلم وقبضه فهو له على ما هو عليه وإن تلف فلا شيء له غيره والطلاق نافذ على حكمه قاله القاضي أبو محمد والدليل على ذلك أنه عقد يجوز في معين من الغرر فإذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة والوصية (مسئلة) ولو خالعا على نفقة ولها مدة الحولين ورضاعه فيها جاز ذلك فإن شرط عليها نفقة الابن بعد الحولين أربع سنين أو ثلاثاً فقد روي ابن القاسم عن مالك أن ما زاد على نفقة الابن وارضاعه في الحولين فهو باطل موضوع عن الزوجة وإن شرط الزوج ولم يجعل له مالك بما بطل من شرطه شيئاً وأجاز ذلك فيما زاد على الحولين من مدة أربعة أعوام أو إلى انقضاء أمداً لحضنة المخزومي واختاره سحنون ووجه بعض القرويين مذهب ابن القاسم بأن المتخالفين أدخلوا الغرر فيما أوقع به الخلع من النفقة وما عد ذلك من الغرر كالعبد الأبق والجل الشارد فالغرر دخل فيه بغير فعلها وقال غيره من القرويين لم يمنع مالك الخلع بنفقة ما زاد على الحولين لأجل الغرر وإنما منعه لأنه حق مختص بالأب على كل حال فليس له أن ينقله إلى غيره والفرق بين هذا وبين نفقة الحولين أن تلك النفقة وهي الرضاع قد تجب على الأم حال الزوجة وبعد الطلاق إذا أعسر الأب فجاز أن تنقل هذه النفقة إلى الأم لأنها محل لها وفي المبسوط أن ما كان محتاجاً على ذلك بقوله تعالى والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وهذه إشارة إلى ما قدمناه ووجه رواية المخزومي أنه إذا زالت ملك تجوز أزالته بالغرر فجاز أزالته بنفقة أربعة أعوام أصل ذلك العتق (فرع) فإن وقع الخلع على الوجه المباح بنفقة الابن فأتى الصبي قبل انقضاء المدة فهل للزوج الرجوع عليها ببقية النفقة روي ابن المواز عن مالك لا يتبعها بشئ وروي عنه أبو الفرج يتبعها وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون في المبسوط أنه لم يشترط لنفسه ما لا يتموله وإنما شرط أن تكفيه مؤنة الولد فإذا مات الولد لم يكن له الرجوع عليها بشئ كما لو تطوع رجل بالانفاق على الصبي بمئة فأتى لم يرجع عليه بشئ لأنه إنما قصد بتطوعه تحمل مؤنته والله أعلم واتفقوا على أنها إن ماتت فنفقة الولد في مالها لأنها حق ثبت فيه قبل موتها فلا يسقط بموتها ووجه رواية أبي الفرج أنه حق ثبت له في ذمة الزوج بالخلع فلا يسقط بموت الصبي كما لو خالعا بمال متعلق بذمتها

• وحدثنى عن مالك عن نافع عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عليها عبد الله بن عمر •

(فصل) وان أعسرت بالنفقة أنفق الأب وهل يتبعها بمنل النفقة روى ابن الماجشون وابن عبد الحكم لا يتبعها به و روى أصبغ عن ابن القاسم يتبعها وقال أيضا لا يتبعها وجه القول الأول أنه حق ثبت للابن على أبيه ثم عاوض به الأب الأم فأثبتته في ذمتها عوضا من طلاقها فاذا أعسرت به كان للابن أن يتبع به الأب لأنه ليس له أن يسقط حقها عليه وينقله الى عديم فيرجع الابن به على الأب ثم يرجع به الأب على الأم دينيا يتبعها به لأنه عوض طلاقها و وجه القول الثاني أنه أمر غير ثابت على الأب ولا على الأم وإنما يتعلق ذلك بيسر من يجب عليه حين الوجوب كنفقة الزوجة على الزوج (مسئلة) ومن خالف أمر أنه على انها ان ولدت منه فعليها نفقته في الحولين فان أرادت أن تطلبه بنفقة الحمل وبصداقها عليه ففي المبسوط عن مالك ليس لها صداق ولا نفقة حمل وقال المغيرة لها نفقة الحمل ولا شيء لها من الصداق و وجه قولها أنه لا شيء لها من الصداق أنها لم تشتري بقاء فكان الظاهر اسقاطه لأنه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل ولم تكن في ذمته و وجه قول مالك أنه لا نفقة لها انها قد أسقطت نفقة الولد بعد الولادة فبان تسقط ما وجب لها قبل ذلك أولى كما قلنا في الصداق انها اذا أسقطت نفقة الحولين اقتضى ذلك اسقاط الصداق و وجه قول المغيرة انها أسقطت عنه نفقة مقبرة فلا يتعدى الاسقاط الى غيرها والى ما ليس من جنسها ولا وجب بسببها لان نفقة الحمل في غير مدة الحولين ومن غير جنس الحولين واجبة بغير سببها ولا يشبه هذا ما أسقط من الصداق لأنه أمر قد تقرر و وجب ونفقة الحمل لم تجب بعد فلا تسقط الا بالنص عليها

(فصل) وأما ان خالها على جميع ما تملك ولم يوجد لها شيء ففي كتاب ابن المواز اذا خالها على ما في يدها فلم يوجد في يدها شيء أو وجد فيه ما لا ينتفع به كالحجر قال أشهب لا يزمه طلاق وان وجد فيه ما ينتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع قال عبد الملك يزمه الخلع لانه رضى بما غرته به واختاره ابن المواز وسحنون وجه القول الأول انها غرته فلم يزمه الخلع كما لو قال له أخالعك بعبدى هذا وهو حر فانه لا يزمه خلع أو أخالعك بهذه الدار ولم تكن لها فقد قال عبد الملك في المبسوط انها تبتقى على الزوجة ولو كانت الدار لها فأسمتها اليه فاستحققت من يده بعد الخلع ورجع عليها بقيمة ما استحققت منه يده قال عبد الملك لان هذا قد قبضه والأول لم يقبضه وانما خالها به على أن تسلمه اليه وقال أحمد بن المعتدل اذا خالها على عطائها أو وصية ولم يكن لها شيء من ذلك فهي زوجة وكذلك ان لم يكن في يدها شيء وهو بمنزلة أن يخالها على حر غرته به وأما ان كان لها عطاء فسقط اسمها ولم يحمل الثلث وصيتها فانه يمضى الخلع عليه ولا شيء له وبالله تعالى التوفيق (فرع) فاذا قلنا لا يزمه الخلع فقد قال أشهب لا يكون طلاقا وقال مطرف لو أخذت لوزة أو حصاة وخالعته بها فان كان شيء مما ينتفع به وان قل فرضي به وعرف ما هو فهو خلع وأما حصاة وما لا ينتفع به فليس بخلع وهو طلاق رجعي وجه قول أشهب انه انما وقع الطلاق بشرط أن يحصل له شيء ينتفع به فاما وجدته على غير ذلك بطل الطلاق بحلة كما لو غرته من حر خالعه به على انه عبد و وجه قول مطرف أن الطلاق قد وقع فاما لم يكن له عوض لم يكن بائنا وكان رجعيا (مسئلة) ولو خالها على خمر أو خنزير أو ما لا يحل من تعجيل دين مؤجل نفذ الخلع وبطل العوض وبقي الدين المؤجل الى أجله ويكون الطلاق بائنا خلافا لأبي حنيفة في قوله هو رجعي ولا يكون للزوج عليها شيء ويحتمل أن يكون قول مطرف على هذا خلافا للشافعي في قوله عليها مهر المثل لانه طلاق وقع على وجه المعاوضة فكان بائنا ولان الزوج لما رضى ما لا يحل من العوض لم يكن له غيره كما لو أعتق عبده أو أمته على خمر أو خنزير فانه لا يرجع

عليها بشئ (مسئلة) وان قصد الى ايقاع الخلع دون عوض قال القاضي أبو محمد هو خلع عندما لك
وقال أشهب يكون طلاقا رجعيا والدليل على قول مالك أن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرجه
عن مقتضاه أصل ذلك اذا خلع بغير عوض أو خنزير ووجه قول أشهب انه طلاق عرا عن عوض
واستيفاء عدد فكان رجعيا كما لو كان بلفظ الطلاق وفي كتاب ابن المواز انهما اذا تداعيا الى
الصلح وافترقا عليه وان لم يأخذ منها شيئا فهو فراق كما لو أخذ منها وفي العتبية من رواية ابن القاسم
انهم لو قصدوا الى الصلح على ان يأخذ متاعه وسلم اليها متاعها انه خلع لازم قال أنت طالق أو لم يقل قال
في كتاب محمد وان لم يقصد الى الصلح وقال لي متاعى ولك متاعك أولك زيادة كدافله الرجعة ووجه
ذلك انهما اذا قضيا الصلح فقد أحرز ما صار اليه بالطلاق الذي طلقها الآن لأن معنى الصلح الذي ذكر
أن يطلقها من أجل ذلك وأما اذا قصد طلاقها دون شئ من ذلك وأباح لها أن تأخذ ما لها وأيا خذ ما له
فهذا ليس بخلع ولهذا قال ابن القاسم في باريك انها طلقة واحدة بانه لأن معنى ذلك انه طلقها
لتبرئه مما كانت تطلبه به محقة أو مبطله أو يبرئها هو أيضا وذلك من باب الخلع والله أعلم ولذلك قال
مالك في العتبية والموازية فيمن قال لامرأته أنك عندى شئ قالت لا ولا لك عندى شئ قال لا قال
فاشهدوا اني برئت منها وبرئت مني فافترقا على ذلك ثم قامت بما كان لها قبله وقالت لم أرد المبرأة
وقال هو أردت المبرأة فان قالت البينة كنا نرى انهما أرادا المبرأة فذلك نافذ ولا شئ لها عليه
وكذلك ان شهدوا بما ذكرنا أول السؤال فقط فلا شئ لها (مسئلة) وان صالحها على ان أعطاها
شيئا من ماله وفارقها ولم يأخذ منها شيئا وظن انه وجه الصلح في المبسوط من رواية ابن وهب عن
مالك قولان أحدهما انها طلقة رجعية ثم رجع فقال هو خلع وهو قول ابن القاسم في المدونة وجه
القول الاول انه طلاق لم يأخذ الزوج به عوضا فلم يمنع ذلك كونه رجعيا كما لو لم يعطها شيئا ووجه
القول الثاني انه عطاء في خلع فاقضى البينة وقطع الرجعة كما لو أعطته الزوجة ووجه آخر
وهو انه قطع بما أعطاها مطالقتها قبله وذلك بسبب حكم الخلع ص قال مالك في المقتضية التي
تفتدى من زوجها انه اذا علم ان زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد
عليها ما لها قال فهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا ش وهذا كما قال ان المقتضية
اذا كان افتداؤها لا يضر زوجها وظلمه لها لم يلزمها ما اقتدت به وذلك ان اضرار زوجها بها لا
يجوز له بل هو ممنوع منه وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن علم من امرأته بالزنى لم
يكن له ان يضارها حتى تفتدى ومن الاضرار بها الموجب لرد ما أخذ منها ان يؤثر عليها ضررها ولا يفي
بحقها في نفسه وماله وذلك أنه لا يجوز له أن يجسبها اذا لم ترض بالاثرة عليها وانما له أن يسكنها من غير
اضرار بها باثرة ولا غيرها أو يفارقها لقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان (مسئلة)
وليس من الاضرار بها البغض لها قاله ابن القاسم في الموازية وانما الاضرار عندى الاذى
بضرب أو اتصال شتم في غير حق أو أخذ مال أو ايثار وفي المبسوط عن مالك وليس عندنا في قلة
الضرر وكثرته شئ معروف ولا موقوف ومعنى ذلك انه لا يتقدر بحسب الاذى يكون ضررا حتى ينتهى
اليه وانما ذلك بقدر ما يعلم انه مضر بها من تكراره أذاه لها
(فصل) وقوله اذا علم انه أضر بها أو ضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها ما لها
يريد ان ما ألزمه من طلاق الخلع يلزمه لأنه أوقعه باختياره ويرد ما أخذ منها من العوض ولا يأخذ منها
ما كانت ألزمته له من نفقة ورضاع رواه عيسى عن ابن القاسم لأنها دفعت اليه غير محتاجة لرفعه

قال مالك في المقتضية
التي تفتدى من زوجها انه
اذا علم أن زوجها أضر
بها وضيق عليها وعلم
أنه ظالم لها مضى الطلاق
ورد عليها ما لها قال فهذا
الذي كنت أسمع والذي
عليه أمر الناس عندنا

وانما دفعته اليه لتخلص بذلك من ضرره وظلمه ولا يجعل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدي عوضا
فعلى هذا برز ما أخذ منها ويسقط عنها ما التزمته من نفقة وأجرة رضاع قاله مالك والأصل في ذلك قوله
تعالى ولا تعضواهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة والفاحشة يصح أن
يراد بها الأذى والبذاء ولذلك يقال أخفش الرجل في قوله إذا بالغ في السب قال ابن بكير من أصحابنا
وقال ابن عباس الفاحشة النشوز وقال ابن بكير إذا نعت الفاحشة بمبينة فهي من باب البذاء
باللسان وإذا لم تنعت وأطلقت فهي الزنى وقيل إذا كانت الفاحشة بالالف واللام فهي الزنى واللواط
قال الحسن معنى ذلك مع اللزواج في المضاربة بهن إذا أتيت بفاحشة مبينة حتى يفقدن ببعض ما
أعطوهن ومثله روى عن ابن عباس في النشوز والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وعلم انه ظالم لها بقية حتى ان ذلك لا يكون بمجرد دعواها انه أضر بها وانما يكون
ذلك باقراره ان أقر بذلك أو بمبينة تشبه به وفي كتاب ابن الموزان عن ابن القاسم اذا قامت بعد
الخلع بينة يشهدون على السماع انه كان يضر بذلك قال وهل يشهد هؤلاء على السماع يسمع الرجل
من أهله أو من الجيران ويكون فاشيا بالشهادة في ذلك عندي تكون على وجهين أحدهما ان
يكون الخبر عن الاضرار بها متواترا حتى يقع العلم بذلك للشهود يشهدون في ذلك على عامهم كما يشهد
في الموت على علمه من لم يعان الميت على الخبر المتواتر بذلك وكما يشهد في النسب وعدة الولد والورثة
على علمه وبديل على صحة هذا الوجه ما قاله أصبغ انه ان شهد شاهد واحد على البتات صحته شهادته
ويحلف ان لم يكن غيره ويرد إليها ما أخذ منها ويغضى الفراق وقال ابن القاسم لأن يمينها على مال
والوجه الثاني على السماع الفاشي من أهل العدل وغيرهم ولا يقبل في مثل هذا أقل من شاهدين لأن
الشهادة على السماع لا يقبل فيها تادم مع يمين المدعي ولا يقبل فيها أقل من شاهدين ولذلك قال ابن
القاسم في هذا الوجه لما سأله أصبغ يجوز في ذلك شاهد واحد على البت كيف يعرف ذلك قيل له
يقول سمعت واستبان لي قال يسمى به فانظر فيه فتوقف لدينه وفضله فيما لم يتحققه وأنفذه أصبغ من
رأيه لما تحققه ثم استصوبه ابن القاسم واخرج على صحة الحكم به مع يمين الزوجة بان قال ان يمينها على مال
فهذا وجه هذه المسئلة لكن الموتقين خلطوا الوجهين في عقودهم فغيروا معناهما والله أعلم (مسئلة)
وان خالف امرأته على مال وأخذ منها جيلا بما لحقه من درك فقد حكى أبو عبد الله بن العطار انها ان
أثبتت الضرر لم تسقط التبعة عن الجميل فيما ضمه لانه لم يكره بضرب ولا غيره ولا يرجع الجميل على
المرأة بشئ وقد ذهب بعض فقهاء الصقليين الى هذا (مسئلة) ولو ثبت اضرار الزوج بها والتزم هو
تصديقها في ذلك ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فبين تشككت امرأته ضرره
فاشهد لها ان عاد فهي مصدقة في ذلك وأمرها يدها تطلق نفسها البتة فأشهدت بعد أيام وزوجها غائب
ان زوجها عاد الى أذاها وانها طلق نفسها وأنكر الزوج أن يكون أذاها ثم قدمت المرأة وزعمت
انها كذبت فيما شككت من الأذى ولا يعرف ذلك الا بقولها قال قد بان منه ولم يماقضت لانه جعلها
مصدقته وقال مثله أشهب ص **قال مالك لا بأس بأن تفتدى المرأة من زوجها بأكثر مما**
أعطائها **ش** وهذا كما أنه يجوز للرجل أن يطلق المرأة على أن يأخذ منها أكثر مما أصدقها
وأقل ومثل ذلك والدليل عليه قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به وهذا عام في الجنس والفسد
الا مخصصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذه معاوضة في ارسال ما يملكه الزوج فلم يكن عوضها مقدرا
كالكتابة (مسئلة) ولو خالها قبل البناء على دار أو ثوب أو عبد وكان قد أصدقها مائة دينار

* قال مالك لا بأس بأن
تفتدى المرأة من زوجها
بأكثر مما أعطائها

قبضتها ولم تقبضها فانها ترد المائة قاله ابن القاسم واحتج بما قدمناه من انه ان لم يرض منها الا بما كان في يدها مما لم يجز له ذكر في النكاح فبان ترد ما يدفع اليها أولى وأحرى وقال أصبغ ان قبضته فلا ترد منه شيئا وان كان ما أعطت الزوج أقل من النصف أو أكثر والنصف سواء لانه بمعنى الصلح الا ان تشترط الزوجة رد شيء منه (مسئلة) ولو خالعا على عشرة من صداقها قال مالك لها نصف ما بقي لان اشتراطها عشرة من صداقها يقتضى بقاء الباقي على حكمه ولو أعطته عشرة على أن يطلقها فطليقة اتبعته بنصف هذا المهر لانها اشترت بها هذه الطليقة وأما في الخلع المبهم فلا تتبعه بشئ خلعت به عطية أو بغير عطية وأما بعد البناء فلا ترد هي ما قبضت من الصداق ان كانت قبضته وتبعتها بما عليها من مهرها ان كانت لم تقبضه (مسئلة) وهذا اذا كانت مالكة أمر نفسها فان كانت محجور عليها بأب أو وصى أو سيد يجبر على أمته فانه لا يصح خلعا فان وقع الطلاق نفذا خلع وارجع الولى ما أعطته من المال وطالب بما وهبته من صداق أو غيره لانها لا تصرف لها في مالها فكان للولى استرجاع ما أمضت منه وهذا المشهور من قول أصحابنا وفي العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي لم تبلغ المحيض وقد بنى بها الزوج فصالحته على ما أعطته ان ذلك نافذ وله ما أخذ ان كان مما يصلح به مثلها ووجه ذلك أنها مالكة أمرها في الاستمتاع ولها أن تسقط حقها اذا شاءت فكان لها المعاضة عنه باستخلاصه على عوض تدفعه اذا لم يكن في ذلك غبن عليها كما يجوز لها أن تشتري خبزنا لقوتها لما كانت تملك أكله أو تركه ولم يكن للولى نظر في ذلك وقال أبو بكر بن اللباد ان المعروف من قول أصحابنا ان المال مردود والخلع ماض (مسئلة) وهذا اذا لم تكن بلغت فان كانت بالغ فقد قال سحنون يجوز أن تفتدى من زوجها قبل البناء وله ما أخذ ولا رجوع لها فيه وقال أصبغ لا يجوز ما بادلت به الصغيرة ولا السفينة البالغ وكذلك بعد موت الأب ويرد الزوج ما أخذ ويمضى الفراق وقول سحنون مبنى على ان اليتيمة البالغ مالكة أمر نفسها وهو قوله وقول أصبغ مبنى على انها محجور عليها وهو المشهور في المذهب وبالله التوفيق (مسئلة) وأما الصغير فيجوز أن يخالعه عنه الأب والوصى ولا يطلق عليه الا على وجه المباشرة وأما البالغ السفينة فقال ابن الماجشون لا يجوز أن يخالعه عنه أب ولا وصى لانه يملك الطلاق وروى عيسى عن ابن القاسم في العتية يبارى عن السفينة ويزوج بغير أمره وهذا الخلاف مبنى على اختلاف أصحابنا في اجباره على النكاح والله أعلم (مسئلة) فان كان الولى أبافلا خلاف في المذهب انه يجوز له أن يخالعه عنها وان كان وصيا فهل له ذلك أم لا المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك انه ليس ذلك لأحد الا للاب وروى ابن نافع عن مالك ان الوصى يخالعه عن اليتيمة بزوجه أو يزوجها بذلك وجه القول الأول ان من لا يملك الاجبار بنفسه لا يملك الخلع كالولى الذى ليس بوصى ووجه الرواية الثانية انه ولى يحجب سائر الأولياء حال البكارة كالأب وروى زياد بن جعفر عن مالك لا بأس أن يبارى الولى والخليفة عن الصغيرة (مسئلة) وأما المريضة ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز الخلع وروى ابن عبد الحكم عنه جواز ذلك وجه القول الأول انه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه لان الزوجة لا تملك تصير مالها اليه حال مرضها ووجه القول الثانى ان مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق فلم يمنع المقصود به من ازالة الملك (فرع) اذا قلنا انه يجوز الخلع فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك يكون له خلع مثلها ويرد ما بقي وقال ابن القاسم ان ماتت من ذلك المرض فله قدر ميراثه الا أن تكون ما خالعه به أقل فله الأقل وجه القول الأول ان هذا معاوضة بما يرسل الزوج من ملك يضعها وهي في مرضها

غير ممنوعة من المعاوضة بما لها وانما هي ممنوعة من المحابة فلذلك كان له خلع مثلها ومنع المحابة ان زادت
على خلع مثلها ووجه قول ابن القاسم ان الميراث كان له ان ماتت من مرضها فان خالته بأقل من
ذلك فقد رضى باسقاط بعض حقه فكان له ما بقي منه (فرع) فاذا اعتبر ما ميراثه منها فاما ينظر
في ذلك الى ما لها من يوم ماتت ولا يحسب عليها ما أنفقت قال محمد ولا ماتلف وروى يحيى بن يحيى عن
ابن القاسم في العتية انما يعتبر بقدر ميراثه منها يوم الصلح ولا ينظر الى ماتلف من ما لها بعد ذلك
وجه القول الاول وهو قول محمد ان الميراث انما يكون يوم موتها فوجب أن يكون الاعتبار بقدره
ذلك اليوم ووجه قول ابن القاسم ان العقد انما لازم يوم الصلح فيجب أن يكون ما يعتبر به العوض
منها بما كان عليه يوم لزوم العقد

✽ طلاق المختلعة ✽

ص ✽ مالك عن نافع ان الربيع بنت معوذ بن عفراء جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته
انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره وقال عبد الله
ابن عمر عدتها المطلقة ✽ ش قول الربيع انها اختلعت من زوجها وبلغ ذلك عثمان بن عفان
رضي الله عنه فلم ينكره أرادت بذلك انه أمر غير محظور على أحد الزوجين اذا لم يكن ذلك عن
ظلم أحدهما الآخر وقد يجوز أن يخالغ الرجل المرأة من غير أمر يقتضيه الارغبة للمرأة عن الزوج
وكرهه ناله وقد خالغ ثابت بن قيس بن نماس زوجته حبشية بنت سهل فحكم النبي صلى الله عليه وسلم
بذلك فكيف ينكره عثمان بن عفان رضي الله عنه ولعله قد شاهد ذلك الخلع أو بلغه والله أعلم وقد
احتج محمد بن المواز في ذلك بقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو أعراضا فلا جناح
عليهما أن يصالحا بينهما مصلحا فافرد الاعراض من النشوز

(فصل) وقول عبد الله عدتها عدة المطلقة يريد المطلقة التي لم تعط على ذلك عوضا ومعنى ذلك
ان العدة عن الطلاق لا تختلف باختلاف الطلاق بل هي سواء في الطلاق على وجه الخلع بالعوض
والطلاق المبتدأ من غير عوض والله أعلم ص ✽ مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار
وابن شهاب كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء ✽ ش قولهم رضي الله عنهم ان
عدة المختلعة مثل عدة المطلقة على ما تقدم ثم فسر واذلک بانها ثلاثة قروء وهذه في ذات الاقراء ولم
يردوا بذلك انها لا تساويها الا في الاقراء بل هي مساوية لها في العدة بالحل والشهور والمرتابة كما
هي مساوية لها في الاعتداد بالاقرء والله أعلم (مسئلة) والخلع طلاق وليس بنفسه خلافا للشافعي
والدليل على ما نقوله ان الزوج أخذ عوضا على ارسال ما يملكه والذي يملك الطلاق دون الفسخ
ووجه آخر ان كل فرقة يصح ابقاء النكاح مع الموجب لها وانها طلاق كفرقة العنين والمعسر بالنفقة
ص ✽ قال مالك في المفتية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد فان هونكحها ففارقها قبل أن
يمسها لم تكن له عليها عدة من الطلاق الآخر وتبنى على عدتها الأولى قال مالك وهذا أحسن ما سمعت
في ذلك ✽ ش قوله رحمه الله في المفتية ان حكمها حكم المختلعة وقد روى ابن وهب عن مالك أن
المبارثة هي التي تبارى من زوجها قبل البناء بها فتقول خذ الذي لك واتركني والمفتية هي التي
تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه وكذلك المصالحة والمختلعة هي التي تعطيه جميع ما لها وتخلع عنه
وفي المدينة من رواية محمد بن يحيى عن مالك مثل ذلك في المبارثة والمفتية والمختلعة وروى عيسى

✽ طلاق المختلعة ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك
عن نافع ان الربيع بنت
معوذ بن عفراء جاءت
هي وعمها الى عبد الله بن
عمر فأخبرته انها اختلعت
من زوجها في زمان عثمان
ابن عفان فبلغ ذلك عثمان
ابن عفان فلم ينكره وقال
عبد الله بن عمر عدتها عدة
المطلقة ✽ وحدثني عن
مالك أنه بلغه أن سعيد بن
المسيب وسليمان بن يسار
وابن شهاب كانوا يقولون
عدة المختلعة مثل عدة
المطلقة ثلاثة قروء ✽ قال
مالك في المفتية انها لا
ترجع الى زوجها الا
بنكاح جديد فان هو
نكحها ففارقها قبل أن
يمسها ما لم يكن له عليها
عدة من الطلاق الآخر
وتبنى على عدتها الاولى
✽ قال مالك وهذا أحسن
ما سمعت في ذلك

ابن دينار عن مالك ان المباركة التي لا تأخذ شيئاً ولا تعطى والمختلعة هي التي تعطى وهذا كله يكون قبل الدخول وبعده فما كان قبل الدخول فلا عدة فيه قال القاضي أبو محمد هذه الألفاظ الأربعة تعود الى معنى واحد وان اختلفت صفاتها من جهة الايقاع وفسرها بما قدمناه والله أعلم (فصل) وقوله في المفتدية انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد يقتضى فصلين أحدهما ان طلاقه ليس برجعي بل هو بائن خلافاً لأبي ثور والدليل على ما نقوله انها انما أعطته العوض لتملك نفسها ولو كان طلاق الخلع رجعياً لم تملك نفسها ولم تنتفع به ولا جتمع الزوج والعوض والمعوض عنه والفصل الثاني ان له أن يتزوجها بنكاح جديد في العدة وبعدها ما بعد العدة فهو أحد الخطاب وأما في العدة فان العدة منه فلا تمنع عقد النكاح وانما تمنع غيره فان كانت حاملاً فذلك مباح له في جميع أوقات العدة وان كانت حاملاً فذلك له ما لم يشغل حملها فتكون حينئذ بمنزلة من تزوج مريضة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا مع اطلاق العقد ولو بدلت له العوض وشرط الرجعة ففيها رأتان رواهما ابن وهب عن مالك احدهما بثوتها وبها قال سحنون والثانية نفيها قال سحنون وجه الرواية الاولى انها ما قد اتفقا على أن يكون العوض في مقابلة ما سقط من عدد الطلاق وذلك جائز وجه الرواية الثانية انه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه فلم يثبت ذلك كما لو شرط في عقد النكاح ان لا أطأ

• قال مالك اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على أن يطلقها فطلقها طلاقاً متتابعاً نسفاً فذلك ثابت عليه فان كان بين ذلك صمتاً فأتبعه بعد الصمت فليس بشئ

(فصل) وقوله فان هونكحها ففارقتها قبل أن يمسه لم يكن عليها عدة من الطلاق الآخر يريد رحمه الله لان هذا نكاح لم يمسه فيه فلا تثبت فيه عدة لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالتكلم عليهن من عدة تعتدونها وهذا ان كان تزوجها بعد انقضاء العدة فان تزوجها وافرقتها قبل أن تنقضي العدة فهي على عدتها الاولى لان النكاح الثاني لا يؤثر في العدة ولا يبطل التام الذي عليها الا بالمسيس فاذا عرا من المسيس فلا يثبت فيه حكم العدة وبالله التوفيق ص قال مالك اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على أن يطلقها فطلقها طلاقاً متتابعاً نسفاً فذلك ثابت عليه فان كان بين ذلك صمتاً فأتبعه بعد الصمت فليس بشئ ش قوله رحمه الله اذا افتدت المرأة من زوجها بشئ على ان يطلقها طلاقاً متتابعاً نسفاً فذلك ثابت عليه يريد ان من قال لزوجه في طلاق الخلع الذي تبين به الزوجه وتخرج به عن حكم الزوجه أنت طالق أنت طالق أنت طالق وكان ذلك متصلاً فان حكمه في الزوجه حكم من قال لها ذلك في لفظ واحد أنت طالق ثلاثاً خلافاً للشافعي والدليل على ذلك ان نسق الكلام بعضه على بعض متصلاً يوجب له حكماً واحداً ولذلك اذا اتصل الاستثناء باليمين بالله أثر وثبت له حكم الاستثناء واذا انفصل عنه لم يكن له تعلق بما تقدم من الكلام

(فصل) وقوله رحمه الله فان كان بين ذلك صمتاً فليس بشئ يريد ان لم يتصل كلامه وتخلله صمت أو كلام لم يتعلق بما قبله ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق مبتدأ لم يلحقها طلاق يتخلل بينه وبين المختلعة صمت لان ما حال بينه وبين طلاق صمت فهو كلام مبتدأ له حكم الطلاق المبتدأ ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق في العدة لم يلحقها الطلاق الذي حال بينه وبين الطلاق الأول صمت وقال أبو حنيفة يلحق المختلعة الطلاق في العدة والدليل على ما نقوله ان هذه لا يلحقها طلاق بلفظ يعمها وسائر نسائه فلم يلحقها طلاق يخصها أصل ذلك المطلقة قبل البناء والله أعلم

﴿ ماجاء في اللعان ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب ^{هـ} (٦٩) أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن

﴿ ما جاء في اللعان ﴾

ص **ع** مالك عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدى الأنصاري فقال له يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فقتلونه أم كيف يفعل سليلي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لعويمر لم تأتني بخير فقد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فقام عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل فيك وفي صاحبك فاذهب فائت بها قال سهل فتلأعنوا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغوا من تلاعنها قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين **ع** ش قوله ان عويمرا العجلاني يقال انه عويمر بن أبيض العجلاني جاء إلى عاصم بن عدى على حسب ما يلجأ الناس في مهم أمورهم ومادهمهم إلى أهل الفضل والعلم والتقدم منهم وعويمر هذا من أقارب عاصم بن عدى المذكور فلجأ إليه ليستل له النبي صلى الله عليه وسلم فيما نزل به لكون عاصم ممن يقرب من النبي صلى الله عليه وسلم لتقديمه وفضله مع علمه ودينه فكان أعلم بما سئل فيه وأوعى للجواب عنه وقد روى البخاري عنه من حديث القاسم بن محمد عن ابن عباس ذكر المتلاعنان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم بن عدى في ذلك قولاً ثم انصرف فأنازه رجل من قومه فقال له انه وجد مع امرأته رجلا فقال عاصم ما بتليت بهذا الأمر الا لتقولي

(فصل) وقوله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلاً يقتله فتقتلونه أم كيف يصنع وهذا من التعرّز في السؤال للتلايصرح بقنفذ من نسب إليه ذلك فيجب عليه الحد ولعله كان يعتقد أن مثل ذلك يجب عليه في امرأته لأن حكم اللعان لم يكن نزل بعد ولعله أيضاً لم يرد أن يعلن بخبره وأراد أن يكون اعلانه وكأنه على حسب ما يبدو إليه من حكم القضية ولذلك استتاب عاصم بن عدى في السؤال ومعنى قوله أرايت فتقتلونه على وجهين أحدهما هل يجب عليه في قتله القصاص والثاني هل من وجه يصل به إلى إزالة ما أصابه عن نفسه وإلى شفاء غيظه بغير هذا الوجه من قتله الذي إذا فعل قتل به ثم قال سألني يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

(فصل) وقوله فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ماسع من رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد والله أعلم انه كره مثل هذا أن يقذف رجل امرأته ويرميها بزي من غير أن تقدم له بينة بما يدعيه لما اعتقد أن الحديجب عليه كما يجب في قذفه الأجنبية ولذلك روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لهلal بن أمية لما قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم البينة والاحد في

فأنت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فطلقها فلا تأكل أن، أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين

ظهرك فقال هلال والذي بعثك بالحق اني لصادق فليزلن الله ما يرى^{*} ظهري من الخدقزل والذين
يرمون أزواجهم حتى بلغ ان كان من الصادقين ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره التسرع
في ذلك نظر ويحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم كره السؤال المعنى يقترب به فكره لوجهين
أحدهما أن يكون من سؤال من يريد به التشغيب ولا يقصد التفقه كما كان يسئله بعضهم عن ناقة
ضلت له أو من أبوه وما جرى مجرى هذا وقدرى عنه أنه قال اتركوني ما تركتكم فاعماهلك من كان
قبلكم بكثرة سؤالهم لانيثائهم واختلافهم عليهم والوجه الثاني انه كان صلى الله عليه وسلم يكره
كثرة السؤال للمنافية من التضييق على الناس وان لم يسئل عنه ووكل الناس فيه الى اجتهاد علمائهم
واذا سئل عن القضية ونص عليها لم امتثال ذلك النص ولم تحل مخالفته وربما كان فيه بعض
التشغيب فيؤدى ذلك الى التضييق على الناس وقدرى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أعظم
الناس حرما من سأل عن شيء لم يحرم فخرم من أجل مسئلته وليس هذا حكم سائر الناس وتسائلهم عن
المسائل فانه من قصد بسؤال العالم التبكيت والتعنيث والأذى لم يجز ذلك سواء وجد عنده علما
أو لم يجد فساد مقصد السائل فان سأل على سبيل المناظرة والمجادة فيها ليتبين الحق أو يبيدها
في النظر ويستعان بذلك على استعماله اذا احتجج اليه فهو وجه من السؤال صحيح ولو سأل على
سبيل الاستفتاء من فرضه ذلك فهذا أمر واجب والله أعلم وليس في شيء من هذين الوجهين اللذين
ذكرناهما وجه يتوقع الآن لان الشرع لا ينتقل عن الجواز الى المنع لتكلم العلماء في وقتنا هذا
في المسائل ولا السؤال العالم وفتياه في الاحكام

(فصل) وقوله فلما رجع عاصم الى أهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله
عليه وسلم يريد في مسئلته التي كلف عاصم السؤال عنها لانه انما جاءه مقتضيا الجواب فيها حين كلفه
السؤال عنها فقال له عاصم لم تأتني بخير يريد ان ما كلفتني من السؤال لم يشر خيرا ولا سببه فان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قد كره مسئلتك وهذا يقتضى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخبر عنها
بشيء غير ما أظهر من كراهية السؤال وعلى هذا ينبغي للعالم أن لا يسرع بالجواب عما استفتى فيه اذا لم
يتبين له وجه الصواب فيه واذا خاف أن لا يتسبب به الى محذور حتى يكشف عن وجهه وسببه وجهة
السائل ومقصده ما أمكنه

(فصل) وقول عويمر والله لا أنتهى حتى أسأله عنها يريد استدامة ما كان عليه من السؤال عن
مسئلته وطلب حكمه ولم يرد عنه ذلك ما ظهر اليه من كراهية النبي صلى الله عليه وسلم لمسئلته حين
لم يمكنه الصبر على ما زعم انه ظهر اليه ولم يعلم ماله في ذلك من القول والفعل ولعله خاف خلافا محتاج
الى أن يعلم وجه نفيه عنه ولعله قد تأول في الكراهية لمسئلته بعض ما ذكرناه مما لا يمنع السؤال عنها
ان كانت قد زلت به أو لعله رجأ أن يبين من حاله اذا سأله ما يصل به الى معرفة ما يريد من غير أن
يوجب على نفسه حدا وترتفع به الكراهية فلما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عن مسئلته
بمثل ما كان كلف عاصم أن يسأل له عنها وقوله في رجل وجد مع امرأته رجلا يحتمل أن يكون زادا
على هذا انه رآها تزني معه ويحتمل أن يكون اقتصر على هذا اللفظ فقط فان كان فسر ذلك فقد
قال القاضي أبو محمد انه اذا ادعى الرؤية ووصف ذلك كما يصف الشهود على احدي الروايتين وادعى
الرؤية ولم يفسرها على الرواية الثانية فان له أن يلاعن وأما اذا لم يدع رؤية فهل يلاعن أم لا فعن مالك
في ذلك روايتان احدهما يلاعن وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثانية انه يحسد ولا يلاعن وجه قولنا

انه يلاعن قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يفرق بين أن يدعى رؤية أو لولانه قاذف لزوجته لم يتبين كذبه فكان له أن يلاعن كما لو ادعى رؤية ووجه الرواية الثانية انها حرة عفيفة مسامة قد نفها من لم يحقق قذفه فلزمه الحد كالأجنبي ولفظ الوجود مع امر أنه ليس بصريح في القذف ولو قال رجل وجدت مع امرأتى رجلا في لحافها أو وجدت لها قد تجردت لرجل أو وجدت لها وهي مضطجعة مع رجل عريانيين ففي المتنونة عن ابن القاسم لم أسمع من مالك في ذلك شيئا إلا أنه لا لعان بين الزوجين الآن يرميها بزنى أو ينيي حلفها فأرى اذا لم يكن له بينة على ما ذكره عليه الأدب دون الحد ووجه ذلك اذا فهم منه انه لم يرد الا الاخبار عما تلتفظ به وأما لو فهم منه انه أراد التعريض ففي كتاب ابن الموار عن ابن القاسم وأشهب يحد الزوج في التعريض ولا يلاعن وقد وجدت في غير هذا الموضع انه يلاعن وجه القول الأول انه لا معنى للتعريض بل هو دليل على كذبه لان من امتنع بمثل هذا لا يقدر على الاساك والسكوت ولذلك جعل له المخرج باللعان فاذا عدل عن التصريح الى التعريض دل ذلك على كذبه

(فصل) وأما قوله وجد مع امرأته رجلا فانه يحد بزوجته لان هذا اللفظ اذا أطلق فهم منه الزوج فاقتضى ذلك اضافة القذف الى الزوجية ولو اضافه الى غير الزوجية بأن يقول رأيتك تزني قبل أن تزوجك فلا خلاف نعلمه في المذهب انه يحد ولا يلاعن والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ثم خصه بقوله والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادتهم أحدهم أربع شهادات بالله نفخص الأزواج بحكم اللعان فاقتضى ذلك أن من أضاف القذف الى غير زوجة يحد ولا يلاعن ومن جهة المعنى انه قد نفها بزنى ولو حلفت منه لم يلحقه فلزمه الحد كما لو كانت أجنبية حين القذف ووجه آخر انه لو قد نفها وأنكر حلفها ثم استدام الزوجية والوطء لظهر بذلك كذبه وحده فاذا تزوجها بعد الوقت الذي زعم انها زنت فيه فبان يحد ولا يلاعن أولى وأحرى

(فصل) وقوله وجد مع امرأته رجلا فيه تعريض التصريح باسم المذوف لانه لو صرح به ولم تقم له البينة لكان قاذفاله يجب عليه الحد ولم يتخلص منه باللعان خلافا للشافعي انه يسقط ذلك تلاعن الزوجة والدليل على ما نقوله انه شخص لا يجب عليه الحد باللعان الزوج فلم يسقط قذفه بلعانه مع كونه ممن يحد قاذفه كالمراة الأجنبية (مسئلة) فان حد للرجل المسمى فانه يسقط عنه اللعان قال سمنون ووجه ذلك ان من حد بقذف رجل دخل فيه كل قذف ثبت عليه قبل ذلك الحد لمن قام به أولم لم يقيم به (مسئلة) واذا لم يسمه فلم يجب عليه حد خلافا لاحدقولى الشافعي انه يجب عليه الحد وان لم يسمه والدليل على ما نقوله ان حد القذف لا يجب استيفاؤه له الا بمطالبة مستحقه واذا كان مجهول العين والاسم لم تصلح المطالبة به فلم يجب الحد كما لو قال رأيت رجلا يزني

(فصل) وقوله رأيت رجلا وجد مع امرأته سؤال عام لكن جوابه صلى الله عليه وسلم خاص بقوله فدنزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فائت بها وقال السائل أيقنته فيقتلونه أم كيف يفعل وقد سأل عن قصته بلفظ الغائب لئلا يلزمه حكم الافرار وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك لما كان فيه من تسليم نفسه من حد القذف والذهاب الى التستران ذهب اليه ان كان وقع له سهواً وقلة استتبات وقوله أيقنته فيقتلونه واقرار النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك دليل على ان من وجد مع امرأته رجلا فقتله فانه يقتل به

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فانت بها يقتضى أن النبي صلى الله عليه وسلم قد عرف أنه صاحب المسئلة ولعل ذلك كما بالوحي الذى أنزل في قصته ما فاعلم فيه أن السائل وإن كان يرى فلم يصف الأمر الى نفسه فانه صاحب ذلك والمبتلى به فأعلمه النبي صلى الله عليه وسلم انه قد أنزل فيه وفي صاحبه بعد ما تقدم أوحى اليه أن المسئلة بما لا بد للناس منها وبما يجب أن يباح لهم السؤال عنها أو يكون ظهر ذلك اليه تبلى الوحي والله أعلم

(فصل) وقول سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على أنه ليس من سنة اللعان الاستتار به بل من سنته احضار الناس له ليشتهر أمره بل حقوق النسب بالزوج أو انتقله عنه ولا يكون الا عند الامام أو الخاكم لانه حكم يفتقر الى حاكم به (مسئلة) وهو جائز في كل وقت من أوقات النهار قاله مالك في كتاب محمد وذلك انه حكم فلم يختص بوقت دون وقت قال ابن وهب ويكون بالترصلة قال مالك وبائر مكتوبة أحب الى وقد كان ذلك عندنا بعد العصر ولم يكن سنة يريدانها بمن تقتضى التغليظ فغلظت بالوقت على جهة الاستحباب لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث لا ينظر الله اليه يوم القيامة ولا يزيكهم ولهم عذاب أليم رجل كان له فضل ماء بالطريق يمنعه من ابن السبيل ورجل يبيع إماما لا يبايعه الا بدنيا فان أعطاه منها رضى وإن لم يعطه منها سخط ورجل أقام سلعة بعد العصر فقال والله الذى لا اله الا هو لقد أعطيت بها كذا وكذا فصدقه وفي ذلك فائدة اجتماع الناس مع الانصراف من عبادة تذكروا بالله تعالى وتنهى عن الباطل قال الله تعالى ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر وقال عبد الملك بن الماسجشون لا يكون الا بترصلة وفي مقطع الحقوق فكانه جعل ذلك شرطا كالمكان وأما التغليظ بالمكان فانها بمن فيماله بال يحتاج الى التغليظ فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين في الحقوق وعليه جماعة العلماء وقد روى ابن جرير عن ابن شهاب في هذا الحديث فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد وأما اليهودية والنصرانية فتلاعن بحيث تعظمه من البيع والكنائس قاله مالك (فرع) فان كان هناك عند يمنع من دخول يقطع الحق فلا يخلو أن يكون انقضاؤه معتادا كالحيض أو لا يكون معتادا كالمريض فان كانت حائضا لا عن هولما يريد من الاستعجال ويخاف أن ينزل به مانع من اللعان هذا الذى قاله أصحابنا ويحتمل أن يلزمه ذلك ليدبر عن نفسه الحد وتوخره الى أن تظهر فتلاعن فان كان مريضا وكانت مريضة أرسل الامام الى المريض منهما عدا ولا رواه في العتية أصبغ عن ابن القاسم ووجه ذلك انه حكم من سنته التعجيل والمريض لا يدري له غاية فسقط المكان بالتعجيل للضرورة والله أعلم

(فصل) وقوله فلما فرغ من تلاعنا ما يريد كمل كل واحد منهما من ذلك ما يجب في حقه قال عويمر كذبت عليها رسول الله أن أمسكتها يريد أنه أن أمسكتها بعد ما علم وتيقن من حالها الموجب للعانها فهو كاذب عليها ويحتمل أن يريد به أن ذلك مما يبين كذبه وهو كما قال ان من زعم أن زوجته قد زنت وثبت في حقه اللعان اما برؤية أو قذف أو انتفاء من حمل ثم ظهر منه من البقاء على ذلك والسكوت عنه طويل المدة أو وطئها أو الالتئام اذ بها ما يدل على امساكها فانه يبطل حقه من اللعان ويتبين بما فعله كذبه ويجب عليه الحد وهو الذى قاله مالك وجماعة أصحابنا والوجه الثانى أن يقول انى أحكم على نفسى بحكم الكاذب ان أمسكتها كما يقول القائل أنا فاسق ان لم أفعل كذا وأنا ظالم ان تركت حقى وما جرى مجرى ذلك

(فصل) وقوله فطلقها ثلاثا يريد أنه أتى بهذا اللفظ وهو قوله هي طالق ثلاثا ويحتمل أن يريد به أن ذلك مقتضى قوله كذبت عليها رسول الله أن أمسكتها لأن المفهوم من قوله هذا أن من دليل صدقه أن لا يمكنه المقام معها ولا الإمساك لها على حكم الزوجية وهذا يقتضى الطلاق الثلاث لأنه لو طلقها طلاقا رجعا لكان في معنى الممسك لها ولا يستدل بذلك على صدقه لأن من أطلع من زوجته على مثل هذا يبلغ به الغضب إلى أنه لو استحل قتلها لقتلها فان امتنع من ذلك للشرع بأنها أو أبعدا بأكثر مما يمكنه حتى لا يراها ولا يقدر أن يسمع ذكرها ولا يخبرها فكيف أن يمسك عصمتها ويحتمل أن يكون ذلك آخر طلاقه بقيت له فيها بوصف طلاقه كله فيها ما وقع قبل اللعان وما وقع بعده فان كان صرح في طلاقها بالثلاث ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع أن إيقاع الثلاث ممنوع على ما قاله مالك وأصحابه فإنه يحتمل أن يكون ترك الإنكار عليه لما كان ذلك أمرا واجبا بالشرع ولعله قد جرى في المجلس ما علم به عويمر حكم ذلك أو أوقعه ابتداء لما بلغ به الغضب من فعلها والبغض لها والغيظ عليها فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم لما كان ذلك حكمه لو لم يبرأ به فان طلاق اللعان تحريمه مؤبد وهو أشد من الثلاث لأن تحريم الثلاث يرتفع بوجهه وتحريم اللعان لا يرتفع بوجه فكان بمنزلة من علم من حاله أنه قد طلق زوجته طلقين فطلقها بعد ذلك ثلاثا فإنه لم يواقع محظورا لأنه لا تأثير لقولنا ثلاثا لا ما يؤثر قوله أنت طالق لاسيما إذا نوى أن ذلك آخر ثلاث تطليقات طلقها ومع هذا فإن قد فيها بالزنى يقتضى مباحثتها ولو وطئها بعد أن قدفها أحد ولم يلاعن لأنه أ كذب نفسه بذلك فكان فراقه تصديقا لقوله فيما قدفها به وما وجد منه قبل ذلك من الوطء فلا تأثير في ذلك قال ابن القاسم في العتبية أنه إذا قدفها وقال رأيتها زنى لاعتن ولم يسأل هل وطئها قبل ذلك ولا يضره أن أقر بذلك فإن أقر أنه وطئها بعد ذلك حد ولم يلاعن ولحق به الولد وهذا مبنى على أنه لا يراعى الاستبراء

(فصل) وقوله قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك يقتضى أن الفرقة تقع من غير حكم حاكم بذلك ولا يصح أن يقال إن هذه الفرقة انما وقعت بان طلق ثلاثا لأن فرقة اللعان مؤبدة باجتماع اذالم يكذب نفسه وفرقة الثلاث لا تتأبد ولا تتعلق بالتمادي على حكم اللعان وقال أبو حنيفة لا تقع فرقة اللعان إلا بحكم حاكم والدليل على ذلك الحديث المتقدم فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فكانت سنة المتلاعنين ومن جهة المعنى أنها فرقة تجب باللعان فاستغنت عن حكم الحاكم ولو احتاجت إلى ذلك لم تجب باللعان ودليل ثان وهو أن هذه فرقة تقتضى تحريما مؤبدا فلم تقتصر إلى حكم حاكم كالفرقة الواقعة بتحريم الرضاع والمصاهرة (فرع) ولا تقع الفرقة باللعان الزوج حتى تكمل المرأة اللعان خلافا للشافعي في قوله تقع الفرقة باللعان الزوج وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية أن الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم إلا بلعانها وبذلك يدرأ عنها العذاب وهذا الخلاف في المذهب انما هو خلاف في عبارة لأن الفرقة لا تتبع ولا خلاف عند أصحابنا أنها لو لم تلأعن لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو أ كذب نفسه قبل إتمام اللعان وقصد نص عليه مالك ووجه ما نقوله أن التلاعن لم يكمل فلم تقع الفرقة كما لو بقي من لعان الزوج شيء (مسألة) وليس على الإمام أن يأمر المتلاعن بالزنا الفراغ من اللعان بالطلاق لأنه لا تأثير لذلك ولم رد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بذلك فيقضى بما صح عنه رواه ابن مزين عن عيسى قال أنى لأحب للزوج أن يطلق مثل ما صنع عويمر وإن لم يفعل فيكفى في ذلك ما مضى من

سنة المتلاعنين انهما لا يتناكحان أبدا وهو الذي قاله عيسى لا تأثير له ولا يتعلق له حكم أكثر منظهار الزوج ما يدل على صدقه من الاصرار على مفارقتها والابعاد لها واظهار معرفته بما يقتضيه اللعان من التعريم ويقتدى في ذلك بما فعله أحد الصحابة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فأقره عليه وهو معنى اللعان ألا ترى ان سكوتها عنها بعد علمه دليل على كذبه فيستحب له أن يأتي من ذلك بما يؤكده صدقه

(فصل) قول ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين يريد أن الفرقه بينهما سنة ثابتة بين المتلاعنين ويحتمل أن يريد بذلك استحباب اظهار الطلاق بعد اللعان على ما قاله عيسى بن دينار ويحتمل ان يريد بذلك وقوع الفرقه بينهما بقضاء اللعان وتأيد التعريم والله أعلم وأحكم ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رجلا لا عن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرو رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة * ش قوله ان رجلا لا عن امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها يحتمل معنيين أحدهما ان انتفاءه من ولدها كان سبب اللعان والمعنى الثاني انه لا عنها بدعوى ادعائها من رؤية أو غيرها فلا عن لذلك وانتفى من ولدها فاماننى الولد فان المذهب انه يجب به اللعان وان عرا عن القذف وقال الشافعي لا يلاع عن حتى يقترب به القذف والدليل على ما نقوله ان ضرورته الى نفي الولد أشد من ضرورته الى قذفها لأن به حاجة الى ان يزيل عن نفسه نسب ليس منه وذلك يصح بنفي الولد أكثر مما يصح بالقذف فاذا جازله أن يلاع بالقذف لحاجته اليه فلان يلاع لنفي الحمل وحاجته أكد أولى وأحرى (مسئلة) ونفي الولد يكون على وجهين أحدهما ان يظهر بها حمل فينفيه والثاني ان تلد ولدا فينفيه فالماطهورا الحمل فان الزوج اذا رآه فانه لا يخلو ان يقر به أو ينفيه أو يسكت فان أقر به لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك فان نفاه حد وأمان نفاه بعد ذلك فلا يخلو ان يدعى استبراء أو لا يدعيه فان ادعى استبراء فلا خلاف أن له الملاعة وان لم يدع استبراء فهل يلاع أو يحسد قال مالك في كتاب الحمل ليس له نفي الحمل الا ان يدعى الاستبراء وهو في العتبية من رواية أشهب عنه وبه قال المخزومي وابن أبي ذئب قال في المدونة جل رواية مالك على مراعاة الاستبراء وقد قال به ابن القاسم قال ابن القاسم وابن نافع يلاع وان لم يدع استبراء ورواه في الموازية ابن القاسم عن مالك وجه رواية أشهب انه اذا لم يدع الاستبراء لم يصح منه نفي الحمل لجواز ان يكون الولد له ووجه الرواية الثانية ان الملاعة تصح منه بغير الاستبراء ويدرأ عن نفسه الحد بذلك ويحصل من نفي الولد مع ذلك ما هو أعلم به (فرع) فاذا قلنا انه يراعى الاستبراء فكيف يجزى منه المشهور من مذهب مالك يجزى منه حيضة واحدة وروى عبد الملك عن مالك ثلاثة اقراء وجه رواية ابن القاسم ان الاستبراء ههنا انما يقصده تحقق نفي الحمل ووجود وجه يقتضيه وذلك يحصل بالحيضة الواحدة كاستبراء الامتلاء هذا الاستبراء ليس بعدة فيعتبر فيه عدد الاقراء ووجه الرواية الثانية انه استبراء لحرة فاعتبر فيه بعدد الاقراء كالعدة (فرع) واذا قلنا بنفي الاستبراء فقال قد كنت أطأ ولا أدري هل هو مني فلا عن لما ادعاه من الزنا فاختلف في هذا قول مالك وأصحابه فروى ابن القاسم عن مالك في الموازية انه منفي باللعان وان كانت بينة الحمل وهذا اغراق والذي أخذه به ابن القاسم انها ان كانت بينة الحمل أو أتت به لأقل من ستة أشهر فهو به لاحق وان كان لاحق على غير هذا فهو منفي باللعان وقال عبد الملك وابن عبد الحكم وأشهب ان لا عن رؤية ثم ظهر حمل فهو به لاحق ولا ينفيه الا بلعان مدعى فيه استبراء

* وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رجلا لا عن امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرو رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة

(مسئلة) المشهور من المذهب ان الحامل تلعن اذ انفى الزوج حملها وقال عبد الملك من أحباينا
 لالعان بينهما ولا تقف حتى تضع اذ لعله لا حل بها وبه قال أبو حنيفة وجه القول الاول قول الله تعالى
 والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الا أنه ولم
 يفرق بين حال الحمل وبعد الوضع ومن جهة المعنى ان كل نسب جاز اسقاطه بالعان بعد انفصال
 الولد جاز اسقاطه قبله كالقراش ووجه الرواية الثانية ما احتج به عبد الملك من انه لا يتيقن حملها فينفيه
 ولا يتيقن زناها بالتعانه ان نكحت لجواز أن لا يكون ثم حمل (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم
 فتلاعنا ثم انفس الحمل لم يحد الزوج ولم تحل له ابدأ قاله ابن المواز وجه ذلك ان حكم اللعان قد ثبت
 بينهما فلا يزول التحريم بما يتبين به الكذب كالأقر الزوج بالحمل (فرع) ومن أنكر ولده بالعزل
 لحق الولد به وكذلك كل من وطئ في موضع يمكن وصول الماء منه الى الفرج وكذلك الدبر فان الماء
 يخرج منه الى الفرج حكاه ابن المواز فأما العزل فوجه صحيح لانه قد يسبقه من الماء ما لا يشعر به قبل
 العزل فيكون منه الولد وأما لو وطئ في غير الفرج فانه يبعد عندي أن يخلق منه ولد ولو صح هذا لما
 جاز أن تعد امرأه ظهر بها حل ولاز وجعها ولا سيد لجواز أن يكون ذلك من وطء في غير فرج فلا
 يجب به رجم ولا حد وان وجبت به عقوبة أو يكون ما أنزله رجل من غير وطئها فوصل الى فرجها
 ولما أجمعوا على اقامة الحد عليها اقتضى ذلك ان الماء الذي يخلو منه الولد انما هو ما يخرج بعد التقاء
 الختانين وانه قد يلتقي الختانان قبل الافتضاض والله أعلم (مسئلة) وأما اذا قذفها بزنا وقال قد
 وطئتها قبل ذلك ولم استبرأ حتى رأيته تزني فهذا على رواية ابن القاسم اذا لعن للروية ينتفي الولد
 الا أن تكون ظاهرة الحمل يوم ادعى الروية وأثبت به لأقل من ستة أشهر فيلحق به ويقتضى مذهب
 ابن الماجشون انه يلاعن للروية ودفع الحد عنه ولا ينتفي بذلك الولد (مسئلة) وانما انكار
 الحمل ونفيه حين علم به أو علم بالولادة وأما ان علم بذلك ثم أقام يوما أو يومين لا ينكر فلا ينكر له قاله
 القاضي أبو محمد الا أن يكون له عذر في ترك الانكار وقال أبو حنيفة لا ينكره بعد الوضع بيوم أو
 يومين وان لم ينقه حتى مضت سنة أو سنتان ثم نفاه لاعن ولحق به الولد وبه قال الشافعي في أحد قوله
 والدليل على ما نقوله انه قدأ كذب نفسه بالامساك عن الانكار وكذلك يجب أن يكون اذا ادعى
 رؤية قديمة ثم قام الآن بها أن لا يقبل قوله ويحد لان سكوتة عن انكار ذلك والقيام به حين رآه
 دليل على كذبه ويحد رواه ابن حبيب وابن المواز عن ابن الماجشون (مسئلة) وأما نفي ولده
 فهو أن يقدم من سفره فيجد امرأته قد ولدت أو ادعت ولدا فينفيه وذلك على ضربين أحدهما أن
 يقول لم تلديه وليس بولدك والثاني أن يقول ولدتيه ولكن ليس مني فاما الأول فاذا قال لم تلديه جلة
 وقالت هي ولدته منك قال ابن القاسم في الموازية هو منه الا أن ينفيه بلعان وقال أشهب المرأة مصدقة
 وللعان فيه الا أن يقصد نفي الولد منه فيلاعن قال ابن القاسم فان نكل بعد ان نفاه على هذا الوجه ولم
 يلاعن لم يحد (مسئلة) وأما ان قال ولدتيه وليس مني فقد قال عيسى عن ابن القاسم فيمن غاب عن
 زوجته عشرة أعوام أو أكثر ثم قدم فوجدها قد ولدت أولادا فأنكرهم وقالت هي هم منه كان
 يأتي في السر لم ينههم الا بلعان ووجه ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الولد للقراش فاذا
 كان القراش له مع غيبته فاولد فيه لاحق به ولازم له ولا ينتفي من ولد فيه الا بلعان
 (فصل) وقوله ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما لم يرد به انه أوقع الفرقة بينهما وانما أراد به
 والله أعلم انه أعلمهما بحكمهما وان حكم المتلاعنين انقطاع العصمة بينهما وتأيد التحريم ووجه ذلك

ماروى فى حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال أحدهما كاذب لاسبيل لك عليها وهذا اخبار بمقتضى الشرع ولانه ليس ههنا عكوكوم له فيحكم بذلك عليهم لان حقوق الشرع فى التحليل والتحريم ثابتة بالشرع ولا تفقر الى حكم حاكم كتحريم المصاهرة والرضاع

(فصل) وقوله وألحق الولد بالمرأة يريد أنه صرف نسبه إلى أمه لانه قبل ذلك كان ينتسب إلى أبيه فلما منعه من ان ينتسب إلى أب ونسبه إلى أمه كان ذلك وجهاً من الحاقها بها لانه أقامها له في الانتساب مقام الأب بعد أن لم تكن كذلك والله أعلم **ص** **ق** قال مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهاده أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدركها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين **ش** قول مالك قال الله تبارك وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن إلى آخره هذا يقتضي اختصاص هذا بالزواج دون غيرهن اذا لم يكن للزوج شهود بما يدعون على الزوجات من الزنا وهذا يخرج الزوج عن أن يكون له حكم الشاهد ولو شهد بذلك عليها أربعاً أحدهم زوجها لم تتم الشهادة فكان على الزوج أن يلاعن فان تم اللعان بينهما أحد الثلاثة الأجنبيون فان أبي الزوج أن يلاعن حد الزوج معهم وقال أبو حنيفة تقبل شهادة الزوج ان لم يتقدم له فيها قذف وترجم المرأة والدليل على ما نقوله قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم الآية وجه الدليل من الآية انه استثنى الأزواج من الشهداء فاقتضى أن لا يكونوا شهدوا ودليلنا من جهة القياس ان هذه بينة في الزنا لم تتم الا بالزوج فلم يحكم بها كالتقدم القنف (مسئلة) ولو أقام بينة بزناها فأقيم عليها الحد كان له أن يلاعن قاله مالك والشافعي لانه اذا ثبت زوجهما الزنا لم ينتف نسب الولد وان لاعن الزوج ونكحت المرأة أقيم عليها الحد ان كانت بكرًا لاجل مائة وان كانت ثيبًا بالرحم

(فصل) وقوله فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الذي ذهب إليه أصحابنا أن ألفاظ اللعان إيمان وقال أبو حنيفة اللعان شهادة والدليل على ما نقوله قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فوجه الدليل من الآية انه قرن بلفظ الشهادة قوله بالله انه لمن الصادقين وهذا معنى اليمين فان اليمين قديقال فيها أشهد بالله لقد كان كذا وكذا والثاني انه أقسم على فعله والشاهد لا يشهد على فعله ووجه ثالث انه لا خلاف أن يدفع به عن نفسه الحد عندنا والحبس عند أبي حنيفة وهو عنده عذاب وهذا حكم اليمين فاما الشهادة فلا يصح أن تقبل شهادة الانساب ليدفع بها عن نفسه ضررا ومما يدل على ذلك ما روى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عن بين هلال بن أمية وزوجته ثم ولدت على شبه الذي قد فت به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان له ولها شأن ودليل آخر وهو ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما فائدة الخلاف في هذه المسئلة أن اللعان يصح من الفاسق والأعمى والشهادة لا تصح من الفاسق ولا تصح عند أبي حنيفة من الأعمى (مسئلة) ويبدأ الرجل باللعان لقول الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الآية فبدأ باللعان الزوج ومن جهة السنة ما روى محمد بن سيرين عن أنس بن مالك انه قال أول لعان كان في الاسلام ان هلال بن أمية قذف شريك بن سحباء بما رآه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له النبي صلى الله عليه وسلم البينة والاحد في ظهرك فردده عليه مرارا فقال هلال بن أمية والله

﴿ قَالَ مَا لَكُ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمَنِ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمَنِ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾

يارسول الله ان الله يعلم اني لصادق ولينزلن الله عليك ما يرى ، ظهرى من الجلد فينبأهم على ذلك
اذنزلت آية اللعان والذين يرمون أزواجهم الآية فدعا هلالا فشهد أربع شهادات بالله انه لمن
الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعيت المرأة فشهدت على نفسها
أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين الحديث ومن جهة المعنى ان الزوج بدأ بالقذف فلزم أن يبدأ
باللعان (فرع) فان بدأت المرأة باللعان فهل تعيده بعد التعان الزوج الذى ذكره القاضى أبو
محمد عن المذهب أنها لا تعتد بما تقدم من لعانها قبل الزوج وتعيد اللعان وهذا الذى ذكره هو
قول أشهب والذى حكاه ابن المواز عن ابن القاسم انها لا تعيد اللعان وبه قال أبو حنيفة وجه القول
الأول ما احتج به القاضى أبو محمد من قول الله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله
وهذا يجب أن يكون بعد ان حق عليها العذاب وذلك لا يكون الا بالتعان الزوج واحتج لذلك أشهب
ان هذا بمنزلة الحقوق فلو بدأ الطالب باليمين لم يجزه ذلك الا بعد نكول المطلوب ووجه رواية ابن
القاسم أن هذا لعان من أحد الزوجين فيصح أن يقع أولا كلعان الزوج (مسألة) واذا قذف
امرأته ثم أنكر القذف فلما أقامت بذلك عليه بينة ادعى رؤية الزنا فان له اللعان بخلاف الحقوق
وله أن يقول أردت التستر رواه أصبغ عن ابن القاسم في الموازية (مسألة) واذا قذف الزوج
امرأته فعليه الحد وانما له أن يسقطه باللعان وقال أبو حنيفة لا حد عليه ولكن يجبس حتى يلتنع
والدليل على مانقوله قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين
جلدة ومن جهة السنة حديث أنس المتقدم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهلل بن أمية البينة
والاحد في ظهرك ومن جهة المعنى انه قاذف حرة عفيفة فثبت في حقه الحد كالأجنبية ولو التعن بعض
اللعان فبقى منه أقله فقالت المرأة قد عفوت عنك ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان ترك
الالتعان فلا حد عليه ويلحق به الولد وكذلك لو لم تعف المرأة ولكن أقرت ثم رجعت فاعتذرت بما
تعذر به لم يحدوا أحدهما وألحق به الولد (مسألة) فاذا التعن الرجل وسقط عنه الحد فانه يتعلق
بلعانه أحكام منها سقوط الحد عنه وتوجيهه على المرأة وانتفاء الولدان كان اللعان يتضمن ذلك وقال
أبو حنيفة لا شيء من ذلك وانما تجبس ان امتنع من اللعان والدليل على مانقوله قوله تعالى ويدرأ
عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين وهذا يقتضى انه قد توجه اليها بلعان
الزوج عذاب وهو الحد فان لها أن تدراه عن نفسها باللعان ودليلنا من جهة المعنى انه معنى يخرج
به القاذف من قذفه فتوجه الى المقدوف به الحد أصل ذلك السنة (فرع) وان تمادت على الاستناع
من اللعان أنفذ عليها الرجم أو الجلد على ما تقدم فان رجعت ففي كتاب محمد بن عود الى اللعان فان نكل
الزوج لحق به ولا يحد لانها مقرة بذلك بنكولها وان رجعت بعد ذلك الى اللعان فان حكم النكول باق
في اسقاط الحد عن الزوج ورأيت مثل هذا الا بى على بن خلدون وأبى بكر بن عبد الرحمن القرويين
وقاسا على طريقتهم أنه يرجع قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندي ان في كتاب ابن المواز
عن ابن القاسم هذا المعنى بعينه ورأيت للشيخ أبي عمران ولأبى القاسم بن الكتائب يعضى عليها
وليس لها الرجوع الى اللعان قال أبو القاسم لانها اذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج فقد صدقته
وتحقيق ذلك حق للزوج فليس لها الرجوع عنه كالميس لها الرجوع عن اقرار بحق خصم يطلبه
(مسألة) وصفة اللعان قال مالك يقول أشهد بالله وهو اختيار ابن القاسم وقال أيضا مالك أشهد بعلم
الله قال ابن القاسم ويقول في الرواية أشهد بالله اني لمن الصادقين لرأيتها تزي يقول في كل مرة قال

أصبغ ويقول كالمروء في المكحلة ثم يقول لعنة الله عليه في الخامسة ان كان من الكاذبين ثم
تقول هي أشهد بالله انه لمن الكاذبين ما رأني أني ثم تخمس بالغضب قال ابن القاسم ويقول في نفي
الجل أشهد بالله انه لمن الصادقين ما هذا الرجل مني قال أصبغ وأحب إلى أن يزيد في كل مرة ولزنت
وقال ابن القاسم وتقول هي أشهد بالله انه لمن الكاذبين وما زنت قال أصبغ وأحب إلى أن يزيد
في كل مرة وانه لمنه ثم تخمس بالغضب قال أصبغ فان قال هو في الخامسة مكان ان كنت من
الكاذبين ان كنت كذبتا أجزأه ولو قالت المرأة في الخامسة مكان ان كان من الصادقين انه لمن
الكاذبين أجزأها وأحب إلى لفظ القرآن وفي كتاب محمد بن وهب يقول هو في الأربعة
أشهد بالله انه لمن الصادقين وفي الخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتقول هي أشهد
بالله انه لمن الكاذبين وفي الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين فكان أصبغ أشار إلى
ان لفظ اللعان غير متعين وان لها أن يأتيها بأي لفظ شأى ورأى الامام اذا كان موافقا للمعنى الا ان
لفظ القرآن أفضل والله أعلم وظاهر قول ابن وهب ان لفظه متعين بلفظ القرآن والله أعلم ص
قال مالك السنة عندنا ان المتلاعنين لا يتناكحان أبدا وان أكتب نفسه جلد الحد وألحق به الولد
ولم ترجع اليه أبدا قال وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف * ش قال مالك رحمه الله
السنة عندنا يردها رسم عندهم وأثبت من حكم المتلاعنين أن لا يتناكحان أبدا لان تحريم اللعان
مؤبد وقد قال القاضي أبو الحسن فرقة المتلاعنين فسخ وفائدة ذلك ان التحريم مؤبد ولو كان
طلاقا لم يتأبدوا بما يتأبد التحريم الفسخ كالرضاع * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى ليس
بالبين وذلك ان الفسخ لا يتأبد لنفسه فقد يفسخ النكاح الفاسد ثم يتناكحان بعدا وما يتأبد
التحريم أو لا يتأبد بل وجبه الذي أوجب تأييد التحريم في الرضاع للرضاع نفسه دون الفسخ
لانهم لو وجد الرضاع قبل الفسخ لتأبد التحريم وهذا حكم اللعان الذي هو موجب للتحريم المؤبد
والأصل في ذلك ما روى سعيد بن جبير سألت ابن عمر عن حديث المتلاعنين فقال قال النبي صلى الله
عليه وسلم أحدا كاذب لا سبيل لك عليها وهذا يقتضى التأييد فيعمل عليه وانما حكمنا بكونه فسخا
لانهما مغلوبان على الفرقة من غير ايقاع موقع والطلاق لا يكون الا بايقاع مطلق ووجه ان انهما
مغلوبان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح فوجب أن يكون فسخا لان الطلاق لا يغلبان على
ايقاعه الا لفساد في العقد على أحد القولين وعلى القول الآخر فلا يغلبان عليه وما غلب عليه فهو
فسخ بكل وجه

قال مالك السنة عندنا أن
المتلاعنين لا يتناكحان أبدا
وان اكتب نفسه جلد الحد
وألحق به الولد ولم ترجع
اليه أبدا وعلى هذا السنة
عندها التي لا شك فيها ولا
اختلاف

(فصل) وقوله وان أكتب نفسه جلد الحد ومعنى ذلك انه أكتب نفسه وأبطل ما كان له من
اللعان وصار قد فسخ لها ظملا فوجب عليه الحد فان قد فسخا نانيا بعد أن حدتها فقد قال ابن القاسم في
الموازبة يحسد الا أن يلاعن وقال عبد الملك يحسد ولا يلاعن فقول ابن القاسم مبنى على أن له الرجوع
الى اللعان بعد تقرير الحد عليه وقول عبد الملك مبنى على أنه ليس له ذلك
(فصل) وقوله يلحق به الولد معنى ذلك ان الولد لاحق به اذا أكتب نفسه سواء كان ذلك قبل
اللعان أو بعده فان كان قبل أن يلاعن الزوج حد ولم يكن له أن يلاعن وان كان بعد أن يلاعن هو
وقبل أن يلاعن هي جلد الحد وسقط عنها اللعان ويلحق به الولد على كل حال وروى عيسى عن
ابن القاسم في العتية يرجع عليه بنفقة الرجل وأجر الرضاع ونفقها بعد ذلك ان كان في تلك المدة مليا
(فصل) وقوله ولم يرجع عليه أبدا يريد ان اكتبه نفسه بعد اللعان لا يرفع التحريم الواقع بينهما

باللعان ولا يتخول أن يكذب نفسه قبل إتمام اللعان أو بعده فإن أ كذب نفسه قبل إتمام اللعان وقد بقي شيء من لعانها قال مالك يحتوهما على نكاحهما وجه ذلك أن اللعان لم يتم بعد فهم على حكم الزوجية بينهما إتمام اللعان وإتمام نفصم الزوجية بينهما إتمام اللعان فحق كل اللعان بينهما فقد بانت منه وتأبد تحريرهما فلا تحل له أبدا وإن أ كذب نفسه وقال أبو حنيفة يرتفع التحريم ويجوز له أن يتزوجها والدليل على ما نقله حديث ابن عمر المتقدم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للزوج من المتلاعنين لا سبيل لك عليها ودليلنا من جهة القياس أنه تحرير لا يرتفع بزواج واصابة فكان مؤبدا كتحريم الرضاع ص * قال مالك وإذا فارق الرجل امرأته طلاقا باننا ليس له عليها فيه رجعة ثم أنكر حملها لأنها إذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه إذا ادعته ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذي يشك فيه فلا يعرف أنه منه قال فهذا الأمر عندنا والذي سمعت من أهل العلم * وقال مالك إذا قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهي حامل يقر بحملها ثم يزعم أنه رآها تزني قبل أن يفارقها جلد الحد ولم يلاعنها فإن أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لا عنها قال وهو الذي سمعت * ش وهذا على ما قاله إن المطلق (زوجته طلاقا باننا لا يتخول أن يكون بها حمل ظاهر أو لا يكون بها حمل فإن كان بها حمل ظاهر فأسكره فإن له أن ينفيه باللعان خلافا لأبي حنيفة لأنه لا يحتاج أن ينفي عن نفسه نسبا ليس منه كما لو لم يطلق ولا يتخول أن يكون نفى الحمل وأدعى رؤية زنا أو لم يدع ذلك فإن ادعى رؤية الزنا لم يحل أن يدعى الاستبراء ولا يدعيه فإن ادعى الاستبراء والرؤية ونفى الحمل فالظاهر من المذهب أنه يلاعن وإن لم يدع استبراء وأدعى رؤية ونفى الحمل في الموازية في الذي يطلق طلاقا باننا وقال رأيها تزني يريد نفى ما تأتي به من حمل فإنه لا يلاعن إن لم يدع استبراء وإن لم يدع رؤية وأدعى استبراء فإنه يلاعن وروى أبو الفرج عن مالك أنه إن نفى حملها في العدة لاعتن ولم يحسد على الطلاق وقد شرط في موضع آخر ادعاء الاستبراء (مسئلة) فإن لم ينف الحمل وقد نفى العدة من الطلاق البائن فقد روى أبو الفرج أنه يحسد ولا يلاعن ووجه ذلك أنه لا فائدة في هذا الوقت في قذفها لأنها أجنبية منه لا ينفي حملها فإذا لم ينفقه فلا حاجة به إلى هذا القذف فلزمه الحد (مسئلة) وإن لم يكن بها حمل وقال في عدتها من الطلاق البائن رأيها تزني فقد قال ابن القاسم ورواه ابن وهب يلاعن وحكمه القاضي أبو محمد خلافا للشافعي في قوله لا يلاعن إلا أن تكون حاملا واحتج على ذلك بأنه قد نفى بوطء يحتاج إلى نفي نسبه عنه لأنه إن لم ينفيه لحق به كالذي لم يطلق وقال ابن المواز يحسد ولا يلاعن وقال المغيرة لا يحسد ولا يلاعن واختاره مسنون (مسئلة) وهذا إذا ادعى أنه رآها تزني في العدة فإن قال رأيها تزني قبل الطلاق البائن ففي كتاب أبي الفرج يحسد إلا أن يظهر بها حمل قبل أن يحسد فينفيه ويدعى الاستبراء فيلاعن قال ابن المواز أحب إلى أن ينظر فإن تبين أن لا حمل بها حشد لها وإن ظهر بها حمل لاعتن لأنه ممن لالعان له في الرؤية ووجه ذلك أن الطلاق ليس فيه إقرار بالسلامة من الزنا غير أن هذا مبني على ما قاله ابن المواز إن المطلق باننا لا يلاعن إلا نفى الحمل ولا يلاعن للرؤية لأنها ليست بزوجة وقد تقدم من قول أصحابنا ابن القاسم وغيره أنه يلاعن ولا يحسد والخلاف بين أبي الفرج وابن المواز في تأخير الحد بعد القذف فأبو الفرج يذهب إلى أنه لا يؤخر لأنه من ثبت عليه القذف وأدعى المخرج لا يمهل ويعجل الحد وابن المواز يذهب إلى تأخير الحد لزنا على الزوج بخلاف الأجنبي لحاجة الزوج إلى ذلك دون الأجنبي وبالله التوفيق

(فصل) وقوله وكان حملها يشبه أن يكون منه يريد أن تأتي به لا مدا الحمل وذلك أن المطلقة لا بد أن

قال مالك وإذا فارق الرجل امرأته طلاقا باننا ليس عليها فيه رجعة ثم أنكر حملها لأنها إذا كانت حاملا وكان حملها يشبه أن يكون منه إذا ادعته ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذي يشك فيه فلا يعرف أنه منه قال فهذا الأمر عندنا والذي سمعت من أهل العلم * قال مالك إذا قذف الرجل امرأته بعد أن يطلقها ثلاثا وهي حامل ويقر بحملها ثم يزعم أنه رآها تزني قبل أن يفارقها جلد الحد ولم يلاعنها وإن أنكر حملها بعد أن يطلقها ثلاثا لا عنها قال وهذا الذي سمعت

تأتى بالولد قبل أن تحيض أو بعد الحيض فإن أتت به قبل الحيض لا كثر أمداً حل اختلف فيه قول المالكيين فقال العراقيون منهم أربعة أعوام وبه قال أصبغ والشافعي وقاله ابن القاسم وسحنون وقال ابن وهب وأشهب سبع سنين وقال أبو حنيفة أكثر الحل سنتان (مسئلة) وإن حاضت ثم أتت بولد لمثل هذه المدة فقد قال ابن القاسم يلحق به وإن حاضت ثلاث حيض وقد تحيض المرأة على الحل قال ابن القاسم ولو علم أنها حاضت حيضاً مستقيماً وتيقن ذلك وعرفه النساء رأيتها زانية ويسقط نسب الولد عن الميت والحي ولكن لا يحاط بمعرفته قال أصبغ ليس هذا بقول ولو عرف ذلك لم يوجب زنى ولا حداً وهو شبهة والولد لاحق الآن بلا عن المطلق

(فصل) وقوله يشبه أن يكون منه ما دعت به يد أن ينسب ذلك اليه ويقول انه منه لانها اذا لم تقل انه منه ولم ينسبه اليه لم يتجسس هو الى لعان اللفظ النسب لانها قد صدقته في القذف

(فصل) وقوله ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذي يشك فيه فلا يعرف انه منه يد والله أعلم انه يأتى من طول الزمان ما يزيد على أكثر أمداً حل على ما تقدم من الخلاف في ذلك فشك حينئذ أنه منه شك يمنع الحاقه به أولى من نفيه عنه وأما في مدة الحل فهذا الشك معدوم بل الظاهر منعه لثبوت حق الفراش له ص قال مالك والعبد بمنزلة الحر في قذفه ولعانه يجزى مجزى الحر في ملاعنته غير انه ليس على من قذف مملوكه حد * قال مالك والأمة المسلمة والحرمة النصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن فأصابها وذلك ان الله تعالى يقول في كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن من الأزواج قال وعلى ذلك الأمر عندنا * ش قوله والعبد بمنزلة الحر في قذفه ولعانه لها حكمه في ذلك حكم الحر وروى في العتبية أشهب عن مالك ان لعان العبد كالحر في الحرمة والأمة تشهد أربع مرات وتخمس بالغضب وان أكذب نفسه جلد الحرمة أربعين ولا يجحد للامة

(فصل) وقوله غير انه ليس على من قذف مملوكه حد يدسوا كان القاذف عبداً أو حراً فهذا اللفظ وإن كان بلفظ الاستثناء فعناه العطف على ماضى والتفسير له لانه لا يخرج من اللفظ الأول مالولاه لدخل فيه وانما بين أن حكم العبد حكم الحر في قذف الأمة (مسئلة) وهذا حكم كل من لا يجحد قاذفها من الكتابيات فان الزوج لا يجب عليه الحد بقذفها فان قذفها برؤية كان له أن يمسك عن اللعان فاذا أراد أن يلاعن لثلاث يكون مما ادعاه من الوطء ولدي لحق به نسبه أو ولي لحق قوله فله ذلك وكذلك ان نفى حملها فأنما يلاعن لينفى عن نفسه ذلك الحل وان لم يلاعن فلا حد عليه فان لاعن لزم الأمة أن تلاعن لتدفع عن نفسها الحد لانه قد حق عليها القذف بلعانه ويجب عليها الحد وأما الكتابية فلا يلزمها ذلك باللعان الزوج ولها أن تلتعن لتدفع عن نفسها عار ما قد قذفت به وتقطع عصمة الزوج عنها قال مطرف عن مالك اذا لاعن الزوج ردت الى أهل دينها ان نكحت عن اللعان فان لم تلتعن فقد روى ابن سحنون عن أبيه هما على الزوجية فان التعتن وقعت الفرقة

(فصل) والأمة المسلمة والحرمة واليهودية تلاعن الحر المسلم خص الأمة بالاسلام لانه لا يجوز أن يتزوج المسلم أمة كتابية وأما الحرمة الكتابية فيجوز له ذلك ولذلك عدل عن ذكر الأمة الكتابية الى ذكر الحرمة فلكل واحدة من هؤلاء أن تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن وقوله فأصابها ليست الاصابة شرطاً في صحة اللعان ولا وجوبه وقد قال مالك من تزوج امرأة فلم يبين بها ولم يخل بها حتى أتت بولد فأنكره انه يلاعن اذا قالت انه يغشاه أو ما قاله قال سحنون معناه أن يمكن

* قال مالك والعبد بمنزلة الحر في قذفه ولعانه يجزى مجزى الحر في ملاعنته غير أنه ليس على من قذف مملوكه حد * قال مالك والأمة المسلمة والحرمة النصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم اذا تزوج احداهن فأصابها وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن من الأزواج قال وعلى هذا الأمر عندنا

أتيانه إليها وأثبت به لسته أشهر فأكثر من يوم عقد النكاح ومن يوم إمكانه أتيانها ووجه ذلك أن
الفراس قد ثبت له بعقد النكاح فلا ينفى الولد إلا باللعان

(فصل) وقوله وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه والذين يرمون أزواجهم فهن الأزواج
تعلق بالعموم لأن الزوجة الأمة أو الكتابية داخله تحت قوله تعالى يرمون أزواجهم فلما لم يفرق بين
الحرّة والأمة والمسامة وغيرها حل ذلك على كل زوجة إلا ما خضعه الدليل ولو أن الصغير يقذف زوجته
الكبيرة برؤية زنى لم يكن عليه لعان لأنه لو قذف أجنبية لم يحل لها الوأنت بولد لم يلحق به فلا حاجة
إلى الملاعنة ص * قال مالك والعبد إذا تزوج الحرّة المسلمة أو الأمة المسلمة أو الحرّة النصرانية
أو اليهودية لاعنها * ش قوله أن العبد إذا تزوج الأمة المسلمة أو الحرّة النصرانية أو اليهودية لاعنها
يريد أن له أن يلاعن في جميعهن لينفى عن نفسه حملها ظهر بها أو أن قذف برؤية فليدفع عن نفسه
النسب الذي تتوقعه مما ادعاه من الرؤية وأما في الحرّة المسلمة أو النصرانية أو اليهودية فلا يلاعن إلا ما ذكره من
الحد الواجب عليه بقذفها إن لم يلاعن وأما في الأمة أو الكتابية الحرّة فلا يلاعن إلا ما ذكره من
دفع النسب دون دفع الحد لأنه لا حد عليه بقذفهن ص * قال مالك في الرجل يلاعن امرأته
فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما يملتن في الخامسة أنه إذا نزع قبل أن يملتن جلد الحد ولم
يفرق بينهما * ش قوله رحمه الله أن لا يلاعن امرأته ثم نزع وأكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم
يملتن في الخامسة جلد الحد ولم يفرق بينهما أو رد من المسئلة بعضها والمتفق عليه منها وهو أنه إذا
أكذب نفسه قبل الخامسة الواقعة منه فانه ما على نكاحهما وإن كان حذاعنده حكم أكذابه نفسه
قبل أن تأتي هي بالخامسة وهذا المشهور من قول مالك وأصحابه وفي العتية قال سحنون وإذا
لاعن الزوج من نفى حل ونكحت عى وأخر رجها حتى تضع ثم أكذب الزوج نفسه قبل أن تضع
وبعد أن نكحت فان لعانه قاطع لوصته ولا ميراث بينهما وترجم إذا وضعت وأنكر أبو بكر بن محمد
هذه المسئلة وأما من رد الفعل لها فقال بعد يمين أو يمينين يريد من أيمانها وتبطل أن تأتي هي
بالخامسة فهو على ظاهر المذهب لأن مذهب مالك أنه إذا أكذب نفسه قبل تمام لعانها أن الزوجية
بأفية بينهما وانما تقع الفرقة وتتأبد بتمام لعانها وأما الحد فلا يختلف حكمه متى وقع تكذيبه نفسه
وكذلك استحقاق الولد (مسئلة) وأما تكذيبه نفسه فانه على وجهين أحدهما أن يقول انه
كاذب في قذفها على أى وجه وقع والثانى أن يستلحق الولد فهذا يكون قريبا أن كان قد نفى
الولد وأما أن كان قد نفى أياها بآداء رؤية الزنى ولا عن على ذلك ثم أقر بالولد فقال محمد بن المواز
لا يحد وكذلك لو لاعن على الرؤية وانكار الولد جاز وإن كان على نفى الولد خاصة فانه يحد ويلحق
الولد به وجهه من قاله فمين لاعن على الرؤية ثم أقر بالولد انه ليس في إقراره بالولد تكذيب لما لاعن
عليه ووجه قوله فمين لاعن على الأمرين لا يحدانه إذا أكذب نفسه في نفى الولد بقى لعانه محلا
للتصديق وهو رؤية الزنا فلا حد عليه حتى يكذب جميع ما لاعن عليه والله أعلم ولو لم يتقدم لعانه
فادعى الرؤية ونفى الولد ثم أقر بالولد لحد والله أعلم ص * قال مالك في الرجل يطلق امرأته فإذا
مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل قال أنكر زوجها حملها لاعنها * ش قوله رحمه
الله فمين طلق امرأته ثم نفى حملها انه يلاعن يريدها المرأة إذا طلقها الزوج ثم أثبت بولد لم يلده
النساء لحق الزوج سواء أثبت به في العدة أو بعدها إلا أن ينفيه الزوج فيلاعن
(فصل) وقوله فإذا مضت الثلاثة الأشهر قالت المرأة أنا حامل خص الثلاثة الأشهر بذلك لأنها

* قال مالك والعبد إذا
تزوج الحرّة المسلمة
أو الأمة المسلمة أو الحرّة
النصرانية أو اليهودية
لاعنها * قال مالك في
الرجل يلاعن امرأته
فينزع ويكذب نفسه بعد
يمين أو يمينين ما لم يملتن
في الخامسة أنه إذا نزع قبل
أن يملتن جلد الحد ولم
يفرق بينهما * قال مالك
في الرجل يطلق امرأته
فإذا مضت الثلاثة الأشهر
قالت المرأة أنا حامل قال أنكر
زوجها حملها لاعنها

أول المدة التي تحبس المرأة فيها بالجل ولذلك يختص بها حكم العدة دون ما قصر عن ذلك
(فصل) وقوله اذا قالت المرأة اني حامل لاعن ان أنكر الحمل ظاهره يقتضي تعلق هذا الحكم
بمجرد قوله لهادون ظهور الحمل ومعنى ذلك عندي انه ان أنكر حملها حين أدعت الحمل ثبت له حكم
الانكار وكان له ان يلاعن اذا ظهر الحمل واذا ولدت على حسب ما تقدم من الاختلاف في ذلك وان
لم تنف الحمل حين ادعائها اياه ثبت له حكم الاقرار به ولم يكن له ان يلاعن بعد ذلك لظهور رجل ولا
لولادة ص * قال مالك في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها ثم يشترها انه لا يطؤها وان ملكها
وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لا يتراجعان أبدا * ش قوله رحمه الله في الأمة المملوكة يلاعنها
زوجها ثم يشترها انه لا يطؤها يريدان كمال اللعان بينهما قد أبدت تحريم الوطء وما لا يستباح وطؤه
بالزوجة لا يستباح بملك اليمين كذوات المحارم والنكاح أبلغ في اباحة الوطء من ملك اليمين لأن
مقصود النكاح الوطء وليس مقصود الملك الوطء ولذلك لا يجوز له أن يتزوج من لا يستبيح وطؤها
ولا يجوز له أن يبقى على زوجته المملوكة ويجوز له أن يملك من لا يستبيح وطؤها ويجوز له أن يملك
التي قد لاعنها فاذا لم يستبيح وطء المملوكة بالنكاح الذي مقصوده الوطء فبان لا يستبيح ذلك بملك
اليمين أولى وأحرى (مسألة) وقوله رحمه الله وذلك ان السنة مضت ان المتلاعنين لا يتناكحان أبدا
لعله يريد بالسنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لللاعن لاسيلى لك عليها ويحتمل ان
يريد ما مضى من العمل في ذلك في زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى هلم جرا في كل زمان ومكان ان كل
متلاعنين تثبت الفرقة بينهما ولا خلاف في ذلك مع بقاء الزوجة على قذفه وانما الخلاف بعد تكذيبه
لنفسه وفي مسئلتنا يحتمل ان يريد مع بقائه على حكم القذف ص * قال مالك اذا لاعن الرجل
امراة قبل ان يدخل بها فليس لها الا نصف الصداق * ش قوله رحمه الله ان من لاعن قبل البناء
لا يخلوان يكون لزوجته أو نفى حل فان كان لزوجته كان له ان يلاعن وان كان لنفى حل فان أنثت به
لأقل من ستة أشهر فلا شيء لها من الصداق ولا يحرم عليه نكاحها بالتلاعن لأنها غير زوجة وان
أنثت به لستة أشهر لحق الا ان تلاعن وحل يلاعن قبل الولادة اختلف أصحابنا في ما تقدم
(فصل) وان قال الزوج تزوجت منذ خمسة أشهر وقالت هي تزوجت منذ أكثر من ستة أشهر
وبها حل فلا بد من اللعان قاله ابن القاسم وابن وهب ووجه ذلك انه لا يقطع بانه ليس من الزوج فلا
ينفيه الا بلعان والله أعلم

(فصل) وقوله ان لها نصف الصداق على ما قال لأن الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لا يعلم به
صدقه كالا عسار بالنفقة وحكي الشيخ أبو القاسم في تفريعه انه لا شيء لها من الصداق ووجه ذلك
انه فسوخ قبل البناء (مسألة) ولا سكنى لها ولا متعة لأن الفرقة وقعت قبل البناء وما تدعيه من
الوطء لا يوجب لها تكميل الصداق ولا السكنى مع انكار الزوج كالنصف الثاني من الصداق والله أعلم

* ميراث ولد المملوكة *

ص * مالك انه بلغه ان عروة بن الزبير كان يقول في ولد المملوكة وولد الزنا انه اذا مات ورثت أمه
حقها في كتاب الله واخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالى أمه ان كانت مولاة وان كانت عربية
ورثت حقها وورث اخوته لأمه حقوقهم وكان مابقي للمسلمين * قال مالك وبلغني عن سليمان بن يسار
مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا * ش قوله رحمه الله ان ولد المملوكة

قال مالك في الأمة المملوكة
يلاعنها زوجها ثم يشترها
انه لا يطؤها وان ملكها
وذلك ان السنة مضت
ان المتلاعنين لا يتراجعان
أبدا * قال مالك اذا لاعن
الرجل امراة قبل ان
يدخل بها فليس لها الا
نصف الصداق

* ميراث ولد المملوكة *
* حدثني يحيى عن مالك
انه بلغه ان عروة بن
الزبير كان يقول في ولد
المملوكة وولد الزنا اذا
مات ورثت أمه حقها في
كتاب الله تعالى واخوته
لامه حقوقهم ويرث البقية
موالى أمه ان كانت مولاة
وان كانت عربية ورثت
حقها وورث اخوته لأمه
حقوقهم وكان مابقي
للمسلمين قال مالك وبلغني
عن سليمان بن يسار مثل
ذلك وعلى ذلك أدركت
أهل العلم ببلدنا

وولد الزنا ثارت أمه واخوته لأمه حقوقهم منه وذلك انه لا يبطل نسبه من جهة أمه لأنه يحتاج في إلحاقه بها إلى عقد نكاح فلذلك لا ينتفى عنها بلعان ولا إقرار بزنا ولا تحققه وانما ينتفى عن الأب لأنه لا يلحق به إلا بعقد نكاح أو ملك يمين فلذلك صح انتفاؤه منه وإذا كان أصل التوارث من جهة الأب لبطل كل ميراث بسببه ولم تثبت ميراث الأم مع اللعان والزنا ثبت كل ميراث بسببها

(فصل) وقوله رحمه الله في كتاب الله يقتضى أن عموم آيات التوارث يتناولهم من قوله تعالى فإن كان له أخوة فلائمه السدس وقوله تعالى وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث

(فصل) وقوله رحمه الله تعالى وورث البقية موالى أمه إن كانت مولاة وإن كانت عربية فبیت مال المسلمين ير بدانها إذا كانت مولاة وورث بالولاء كل من تلده موالى أمه موالى كل من تلده وإذا لم يكن من جهة الأم من يرث إلا الأم والأخوة للام ولا يحيطون بالميراث فالباقي موروث بالولاء وإن كانت عربية فبیت مال المسلمين لأنه ليس من جهة الأبوة من يستحق ما فضل عن الفرع ولا تورث بالولاء والله أعلم

﴿ طلاق البكر ﴾

﴿ طلاق البكر ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 عن ابن شهاب عن محمد
 ابن عبد الرحمن بن ثوبان
 عن محمد بن إياس بن البكير
 أنه قال طلق رجل امرأته
 ثلاثا قبل أن يدخل بها
 ثم بدله أن ينكحها فجاء
 يستفتي فذهبت معه أسأل
 له فسأل عبد الله بن عباس
 وأباه ريرة عن ذلك فقالا
 لا ترى أن تنكحها حتى
 تنكح زوجا غيره قال
 فأنما طلاق إياها واحدة
 قال ابن عباس أنك أرسلت
 من يدك ما كان لك من
 فضل

ص * مالك عن ابن شهاب عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن إياس بن البكير أنه طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدله أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه أسأل له فسأل عبد الله بن عباس وأباه ريرة عن ذلك فقالا لا ترى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيره قال فأنما طلاق إياها واحدة فقال ابن عباس أنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل * ش قول أبي هريرة وابن عباس الذي طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها لا ترى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيره نصريح بوقوع الثلاث تطالب على غير المدخول بها وعلى ذلك الصواب ومالك وجهه والفقهاء وقال طاوس وعمر بن دينار وعطاء بن وهب واحدة سواء وقع ذلك في لفظ واحد أو ألفاظ متتابعة والدليل على ذلك قوله تعالى الطلاق مرتان فامسك بمعروف وأتسرع بإحسان وهذا عام في المدخول بها وغيرها ومن جهة المعنى إن كل من صح إيقاعه الطلقة الواحدة عليها صح أن يكمل لها الثلاث كالدخول بها

(فصل) وقول السائل إنما طلاق إياها واحدة يحتمل أن ير بدلك أنما وقعها في دفعة واحدة وهو أن يقول لها أنت طالق ثلاثا فيجمع ذلك في لفظ واحد وقال إبراهيم النخعي إذا قال لها أنت طالق ثلاثا لم تنكحها الثلاث وإذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق لم تنكحها الثلاث دون الثلاثين وروى ذلك عن ابن عباس وقال مالك تنكح الثلاث إذا اتصل كلامه ولم ينفصل لأن كل كلام يصح الاستثناء منه فإنه يصح العطف عليه كطلاق المدخول بها (مسألة) فمن طلق ثلاثا قبل البناء ثم تزوجها وهو يرى ذلك حلالا فإنه يفرق بينهما ولها المهر كاملا إن كان دخل بها قاله الزهري والشعبي وهو قول مالك وقال النخعي لها مهر ونصف وجه القول الأول أن النكاح الفاسد أضعف من النكاح الصحيح فإذا لم يجز بالمسيس في النكاح الصحيح لا مهر واحد فكذلك في الفاسد ولو أن الوطء في النكاح الفاسد مستند إلى العقد فلم يجز فيه ما لا يجز بالعقد إلا أن ير بدله إبراهيم إن له في العقد الثاني الذي يعقبه الطلاق ونصف الصداق وله في العقد الثاني صداق كامل بما أفرد به الدخول فهو كلام صحيح

عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج أنه أخبر عن معاوية بن أبي عياش الأنصاري أنه كان جالسا مع عبد الله بن الزبير وعاصم بن عمر بن الخطاب قال فجاءهما محمد بن أياس ابن البكير فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فإذا تريان فقال عبد الله بن الزبير ان هذا الأمر مالنا فيه قول فاذهب الى عبد الله بن عباس وأبى هريرة فأتى تركهما عند عائشة فسلمما ثم اتنا فآخبرنا فدععب فسألها فقال ابن عباس لأبى هريرة أفته يا أبا هريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبو هريرة الواحدة تسنها

وهو مقتضى قول مالك والله أعلم ص **✽** مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن النعمان بن أبي عياش الأنصاري عن عطاء بن يسار أنه قال جاء رجل يسأل عبد الله بن عمرو بن العاصي عن رجل طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسه قال عطاء فقلت انما طلاق البكر واحدة فقال عبد الله بن عمرو بن العاصي انما أنت قاص الواحدة تبينها والثلاث تحررها حتى تنكح زوجا غيره **✽** ش قول عطاء للسائل وقد طلق ثلاثا انما طلاق البكر واحدة يحتمل أحدهما أن يريد به أنه لا يجوز أن يطلق الا واحدة أو أنه لا يصح أن يلحقها الا طلقة واحدة ولا يحمل على نفي الجواز والاباح لان ذلك حكم المدخول بهامع ان جواب عبد الله بن عمرو يمنع من ذلك فلم يبق الا أن يريد به أنه لا تلحقها الا طلقة واحدة وان وقع الزوج عليها أكثر من ذلك وهو المعلوم من قول عطاء وقد تقدم ذكره ولذلك قاله عبد الله بن عمرو وانما أنت قاص بمعنى انك ممن لا يفتى في هذه المسئلة ولا يعرف حكمها وان رتبك أن تقص على الناس دون أن تنقضي ثم أظهر ما عنده من حكم المسئلة مما يخالف قول عطاء فقال له ان الطلقة الواحدة تبينها يريد من الزوج فلارجعه له عليها والثلاث تحررها حتى تنكح زوجا غيره وهذا يقتضي ان الثلاث تنفع عليها ولذلك لا يحل نكاحها الا بعد زوج وان حكم من طلقت ثلاثا عندي غير حكم من طلقت عليه واحدة ص **✽** مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج أنه أخبره عن معاوية بن أبي عياش الأنصاري أنه كان جليسا مع عبد الله بن الزبير وعاصم بن عمرو بن الخطاب قال فجاءهما محمد بن اياس بن البكير فقال ان رجلا من أهل البادية طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها فاذا تريان فقال عبد الله بن الزبير ان هذا الامر مالنافية قول فاذهب الى عبد الله بن عباس وأبى هريرة فاني تركتهما عند عائشة فسلهما ثم اثنا فاخبرنا فذهب فسلها فقال ابن عباس لأبى هريرة افتيه يا أباهريرة فقد جاءتك معضلة فقال أبوهرة الواحدة تبينها والثلاث تحررها حتى تنكح زوجا غيره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا **✽** ش قول عبد الله بن الزبير ان هذا الامر مالنافية قول اقرار منه بالحق وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه وان كان من أهل العلم وهذا مما يجب أن يلزمه كل ذي دين أن يقول اذا سئل عما لا يعلم لا أعلم وقد قال ابن عباس اذا أخطأ العالم لا أدري أصيبت مقاتله وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأبا هريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسئلة ثم أمره أن يعود اليه فيخبره بقولها ليسهل له ذلك طريق النظر في الصواب لان حفظ العالم أقوال العلماء يسهل له طرق النظر ويعينه عليه .

(فصل) وقول ابن عباس لابي هريرة افته يا باهريرة فقد جاءتك معضلة اخبار عن خفاء المسئلة عليه وتعدر الوصول الى وجه الصواب فيها يقال أعضل الامر اذا اعيى وجه تناوله فقدم باهريرة في الفتوى بعد أن أخبره بتعذر تبينها ومعرفة وجه الصواب رجاء أن يكون عن أبي هريرة في ذلك ما يصير اليه أو ما يستعين به على الوصول الى معرفة حكمها فلما وافق أبو هريرة الصواب فيها وقال الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره قال ابن عباس مثله لمتبين وجه الصواب له وقدرى طاوس وعطاء عن ابن عباس أنه كان يقول هي واحدة فلعله كان يقول بذلك حتى سمع من قول أبي هريرة ما تبين له الصواب فيه فرجع الى القول به وقدرى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ان السائل من المسئلة كان رجلا من مزينة وان ابن عباس قال لأبي هريرة لما أفتى بما تقدم من قوله

والثلاثة تعمرها حتى تنكح زواجره وقال ابن عباس مثل ذلك قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

زيتها يا باهريرة أو نورتها أو كلمة تشبهها يعني أنه أصاب ص * قال مالك والثيب إذا ملكها الزوج ولم يدخل بها أنها تجرى مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره * ش قوله رحمه الله أن الثيب كالبكر في ذلك واضح لأن الحكم لا يتعلق ببكرتها وإنما يتعلق بأنها غير مدخول بها فإذا لم يدخل بها زوجها فحكمها في الواحدة حكم البكر والله أعلم

* طلاق المريض *

ص * مالك عن ابن شهاب عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك وعن أبي سامة ابن عبد الرحمن بن عوف أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبته وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها * ش قوله أن طلحة بن عبد الله بن عوف كان أعلمهم بذلك يريد أنه كان أعلمهم بحكم هذه القضية وما جرى فيها لعبد الرحمن بن عوف من صفة الطلاق ولعثمان بن عفان من الحكم من سائر الرواة لذلك

(فصل) وقوله أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ألبته وهو مريض يريد أن طلاقها إذا كان البتة فيعته مل أنه كان يرى إباحة ذلك أو يعمته مل أنه طلقها واحدة في آخر ثلاث تطليقات فكانت تلك الطلقة بة لأنها باتين عنه وان عثمان بن عفان رضي الله عنه ورثها منه * وفي ذلك بابان * أحدهما في صفة المرض وما يلحق به من المعاني التي تجرى مجرى في بقاء حكم الميراث * والباب الثاني في حكم طلاق المريض

(الباب الأول في صفة المرض الذي به يبق حكم ميراث المطلقة)

قال مالك في كتاب محمد بن كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج وان كان جذما أو برصا أو فالج فإنه يحجب فيه عن ماله وان طلق فيه زوجته ورثته وليس للقوة أو زجر أو الرمد كذلك إذا صح البدن وكذلك ما كان من الفالج والبرص والجذام يصح معه بدنه ويتصرف فهو كالصحيح قال محمد ولم يختلف مالك وأصحابه في الزاحف في الصف أنه كالمرضى في الطلاق وغيره فاما من نالته شدة في البحر فلم ير ابن القاسم كالمرضى وأراه رواه عن مالك وقال أشبه هو كالمرضى وجه القول أن الخفاة من شدة البحر لم تعين ولا وجد سبب العطب لأن العطب إنما يكون بانكسار المركب فهو بمنزلة الزاحف في القتال فأنما هو البحر فهو بمنزلة الخفاة في موضع مخوف لم ير بعد والوقوف في العسكر مع معاينة العدو دون مباشرة حرب ولا يقرب منه ووجه القول الثاني أنه في حالة مخافة على نفسه يتكرر منها الهلاك فلم تمنع صحة جسمه من أن يكون حكم المريض في ماله كالزاحف

(الباب الثاني في حكم طلاق المريض)

من طلق امرأته في مرضه ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها وبعد أن تزوجت غيره إذا اتصل مرضه إلى أن توفي خلافا لما في قوله أن المبتوتة في المرض لا يرث والدليل على ما نقوله أن القاضي أبا محمد قال أنه إجماع الصحابة ولأن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم ولا يخالف لهم في ذلك إلا ما يروى عن عبيد الله بن الزبير وسند كره بعد هذا أن شاء الله ومن جهة المعنى أنها فرقة في حال منع تصرف فيها من غير الثلث فلم يقطع ميراث الزوجة كالموت ولأن التهمة تأثير في الميراث بدليل منع القاتل الميراث (مسئلة) فان طلقها بنشوز منها أو لعان أو خلع فان حكم الميراث باق

* قال مالك والثيب إذا ملكها الزوج ولم يدخل بها أنها تجرى مجرى البكر الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره

* طلاق المريض *

* حدثني يحيى عن مالك

عن ابن شهاب عن طلحة

ابن عبد الله بن عوف

قال وكان أعلمهم بذلك

وعن أبي سامة عن عبد

الرحمن بن عوف أن عبد

الرحمن بن عوف طلق

امرأته ألبته وهو مريض

فورثها عثمان بن عفان

منه بعد انقضاء عدتها

لها خلافا لأبي حنيفة لأن عثمان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف وقد سألته الطلاق ومن جهة المعنى أن الأذن لا يسقط في ميراث الوارث كالأذن لابن لأبيه في إخراجهم من الميراث فان ارتد في مرضه ثم راجع الإسلام فمات من مرضه ذلك لم ترثه لأن بارتداده انفسخ النكاح بينهما ورجوعه إلى الإسلام ليس برجعة (مسئلة) ولو أقر في مرضه أنه طلق البتة في صحته لم يصدق وورثته امرأته إذا أنكرت ذلك ووجه ذلك عندي أنه يدعى ما يسقط ميراثها ولا يقبل ذلك منه في حاله ليس له إخراجها من حصة الورثة (مسئلة) ولومات فشهد الشهود أن الزوج كان طلقها البتة في صحته فقد جعله ابن القاسم كالطلاق في المرض لأن الطلاق إنما يقع يوم الحكم ولو وقع يوم القول لكان فيه هذا الحد إذا أنكر الطلاق وأقر بالوطء (مسئلة) ومن طلق في صحته طلاقه ثم مرض فاردفها في صحته ثانية ثم مات فلها الميراث في العدة لأنها تبنى على عدتها من الطلاق الأول ولو رجع من الأول أنفسخت العدة ثم إن طلقها بعد ذلك في المرض كان لهذا الطلاق حكمه فورثته وإن مات بعد انقضاء العدة قال معناه ابن المواز (مسئلة) ولو طلق زوجته نصرانية وأتم في مرضه ثم أسلمت النصرانية واعتقت الأمة بعد العدة ومات بعد ذلك من مرضه ذلك ورثته رواءه أصبح عن ابن القاسم في العتبية وقال سحنون لا ترثه ولا يتهم في ذلك وكذلك لو طلقها البتة إلا أن يطلق واحدة وتموت في العدة بعد أن أسلمت هذه وعتقت هذه فترثته وجه قول ابن القاسم أنه مات وحرمتها واحدة بعد أن طلق في المرض فثبت الميراث للمرأة كالأول كانت مسامة حين الطلاق ووجه قول ابن القاسم ما احتج به لأنها لم تكن وارثة حين طلقها فلم يقتض بطلانها إياها إخراجها من الميراث (مسئلة) من حلف ليقضي فلا ناحقه فرض الحالف ثم حنث في مرضه ومات منه قال أبو حنيفة والشافعي لا ترثه وقال المغيرة أن كان بين الملك فلم يقضه فامرأته ترثه كالطلاق في المرض وإن كان عديما فطرأ له مال لم يعلم به حتى مات فقد جنت ولا ترثه وقال سحنون عن أبيه لا أعرف هذا ولا أراه وقال أصحابنا إنها ترثه بكل حال لأنه طلاق وقع في المرض وجه قول المغيرة أنه لم يكن له مال علم به فلم يقصد طلاقها ولا إخراجها من الميراث فلذلك لم ترثه ووجه ما قال سحنون ما احتج به من مراعاة وقت الطلاق لا وقت إيقاعه والله أعلم (مسئلة) ولو كان الحنث من سبها مثل أن يحلف وهو صحيح بطلاقها أن دخلت الدار فدخلتها وهو مريض قاصدة إلى طلاقها فهي طالق ولا ميراث لها رواه يزيد بن جعفر عن مالك والمشهور من مذهب أصحابنا أنها ترثه وجه القولين ما تقدم ذكره ص * مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج أن عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض * وحدثني عن مالك أنه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألت أن يطلقها فقال إذا حضت ثم طهرت فأذني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته

* وحدثني عن مالك عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج أن عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهن وهو مريض * وحدثني عن مالك أنه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألت أن يطلقها فقال إذا حضت ثم طهرت فأذني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته

فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورئها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها **ش** قول عبد الرحمن بن عوف لما سأله امرأته الطلاق اذا حضت ثم طهرت فأخذه ذنبي مراعاة لسنة الطلاق لانه قد كان أصابها في ذلك الطهر وسنة الطلاق أن يطلق في طهر لم يمسه فيه ولا يعقب حيضا طلق فيه ويقال ان هذه المرأة هي تماضر بنت الأصبح أم سلمة بن عبد الرحمن بن عوف فلم تبلغ الوقت الذي رسمه لها حتى مرض عبد الرحمن بن عوف مرضه الذي توفي فيه فلما آذنته بذلك طلقها طلاقا بانما انا منه جع الثلاث ان كان يرى اباها ذلك أو طلق آخر طليقة بقيت له فيها وقد فسر ذلك الراوي

(فصل) وقوله فورئها عثمان بن عفان منه يقتضي ان عثمان رضى الله عنه ورث نساء المطلق في المرض وان كان سبب الطلاق من فعله لان هذه الزوجة هي سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق ورغبته وقد وردئها عثمان مع ذلك وقد **ش** هل أهل العلم فعل عثمان في ذلك أصلا لانه امام حكم في قضية رجل مشهور أحد العشرة ومثل هذا ينتشر قضاؤه في الأمصار وينقل الى الآفاق فلم يتحصل عن أحد من الصحابة ولا غيرهم في ذلك خلاف فثبت انه اجماع منهم على تصويبه

(فصل) وقوله فورئها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها يريد والله أعلم وقسمات بعد انقضاء عدتها لان وقت الحكم لها باليراث لا تعتبر فيه العدة وانما تعتبر في الوفاة التي استحق بها الميراث واذا كانت بانئامه ورثها مع ذلك فلا فرق بين أن يتوفي في العدة أو غيرها لانها ليست ترث مطلقة بانما توفي في عدة فحكمها وحكم التي قد انقضت عدتها في ذلك سواء **ص** **ش** مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان قال كانت عند جدى حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فترت بهاسنة ثم هلك ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاخترتها الى عثمان بن عفان فقضى لها باليراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعنى على بن أبي طالب رضى الله عنه **ش** مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض فانها ترثه **ش** قوله فطلق الأنصارية وهي ترضع فتوفي فانقضت سنة ولم تحض يريد والله أعلم ان الأنصارية لم تحض لاجل الرضاع حتى توفي زوجها وذلك ان ارتفاع حيض المطلقة يكون لسبب معروف ولغير سبب معروف فأما ما كان لسبب معروف فكالرضاع والمرض فان تأخر للرضاع فانها لا تعتد بالاقرءاء طال الوقت أو قصر وقد احتج القاضي أبو محمد في ذلك بالاجماع قال فان حبان ابن منطلق امرأته وهي ترضع فكثرت نحو سنة لا تحيض لاجل الرضاع ثم مرض فخاف أن ترثه ان مات فخافها الى عثمان وعنده على وزيد بن ثابت فقال لهما ما تريان فقالا نرى انها ترثه لانها ليست من القواعد الثلاث يثنى من الحيض ولا من الثلاثي يحضن فهي عنده على حيضها ما كان لم يمنعها الا الرضاع فانترع حبان ابنه فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثت منه واعتدت عدة الوفاة قال القاضي أبو محمد فاجمعوا ان التأخير بالرضاع لا يسوغ الاعتداد بغير الحيض وعلموا ذلك بانها ليست ممن لم يحض ولا ممن يثنى من الحيض ومن جهة المعنى أن العادة المستقرة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض فلا يكون ذلك ريبا واذا لم يكن ريبا وجب انتظار زواله والاعتبار بالحيض اذ هي ممن تحيض

(فصل) وقوله هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا أراد تطيب نفسها بان ما حكم به ولا مت عليه لم يحكم به الا بعد مشاورة العلماء وان ابن عمها على بن أبي طالب الذي لا تشك هي في اشفاقه عليها

فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورئها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها **ش** وحديثي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان قال كانت عند جدى حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فترت بهاسنة ثم هلك عنها ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض فاخترتها الى عثمان بن عفان فقضى لها باليراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعنى على بن أبي طالب **ش** وحديثي عن مالك انه سمع ابن شهاب يقول اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وهو مريض فانها ترثه

وارادته الخيره لها هو بمن أفتى بذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وإن دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث ﴾ قال مالك البكر والثيب في هذا عندنا سواء ﴿ ش قوله في غير المدخول بها يطلقها زوجها وهو مريض أن لها نصف الصداق وبه قال مالك وعليه جماعة الفقهاء ابن شهاب وعمر بن عبد العزيز والنخعي وغيرهم وقال الحسن البصري لها الصداق كاملاً والدليل على ما نقوله أن هذه مطلقة قبل البناء بها فلم يكن لها الصداق كاملاً كما لو طلق في الصحة

(فصل) وقوله ولها الميراث روى نحو ذلك عن عطاء لها نصف الصداق والميراث خلافاً للزهري وعمر ابن عبد العزيز ووجه ذلك أنه مطلق في المرض ولو لم يطلق فيه لكان لها الميراث فلم يكن لها إسقاط ميراثها بالطلاق كالذي دخل بها (فرق) والفرق بين تكميل الصداق والميراث أن الصداق عوض في معاوضته ونصفه يجب بالعقد فليس له إسقاطه ونصفه يجب بالدخول أو بالموت على حكم الزوجية وله إبطال ذلك بالطلاق وأما الميراث فهو قد تعين لها بعوضه تستحق استيفاءه بعد موته فلم يكن لها إسقاطه

(فصل) وقوله ولا عدة عليها خلافاً للحسن في قوله لها الصداق والميراث وعليها عدة وجه قول مالك إنها مطلقة لم يبين بها فلم تكن عليها عدة كما لو طلقها في الصحة لأن الطلاق في المرض انما يؤثر في الميراث دون العدة ولذلك لو طلقها حال المرض فتوفي بعد انقضاء عدتها أو كان طلاقاً بائناً لم تنقل إلى عدة الوفاة وكان لها الميراث

﴿ ما جاء في متعة الطلاق ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ففتح بوليده ﴾ ش قوله طلق امرأته ففتح بوليده يريد أعطاهما إياها بأثر طلاقه أي ما قال الله تعالى وللطالقات متاع بالمعروف واختلف العلماء في المتعة فذهب مالك إلى أنها ليست مما يجبر عليها المطلق ولا يحكم بها عليه قال مالك أنها لحق على الزوج ولا يقضى بها عليه ويعرضه السلطان عليها ولا تنحصر الغرماء بها وهي لكل مطلقة لا ترد شيئاً مما أخذت وهي على المولى إذا طلق عليه قاله ابن المولى لأنه طلاق سلم من نهاية المقابلة وارتجاع شيء من الزوجة فأم من ترد شيئاً مما أخذت فكيف يزاد عليه وكذلك المفارقة عن مقابلة كالملاعة فلامتعة لها قال الشيخ أبو إسحق لأن المتعة تسلية عن الفراق والملاعة لا يريد تسلية من لاعت من الزوجات (مسألة) والتي لم يسم لها الصداق إذا دخل بها لها المتعة كالتى سمى لها ودخل بها والصداق لأنه لا ينتزع منها شيء ولا فارقت عن نهاية مقابلة فكان لها المتعة كالتى سمى لها ودخل بها (مسألة) فإن طلقها بعد البناء بها ثم راجعها قبل أن يتمتعها فلا متعة لها قاله ابن وهب وأشهب لأن المتعة تسلية عن الفراق والتسلية بالارتجاع أعظم والله أعلم وقد قال ربيعة إنما المتعة لمن لا رد له عليها يريد لمن لا رجعة له عليها والتي له عليها رجعة فلم ترجع حتى انقضت العدة فقد صارت في حكم من لا رجعة له عليها وذكر فضل بن مسامة نحو هذا وهذا يقتضى أن وقت المتعة من الطلاق الرجعي إذا انقضت وقت الرجعة وسبب البينونة (مسألة) وكل فرقة من قبل المرأة قبل البناء أو بعده فلا متعة فيها ووجه ذلك أنها التي اختارت الفراق فلا تسلى عن المشقة التي تلحق بها ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

﴿ قال مالك وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وإن دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث البكر والثيب في هذا عندنا سواء ﴾ ما جاء في متعة الطلاق ﴿

﴿ حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته ففتح بوليده ﴾ وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم

تمس بحسبها نصف ما فرض لها * وحديثي عن مالك عن ابن شهاب انه قال لكل مطلقة متعة * قال مالك وبلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلك قال مالك ليس للمتعة عندنا (٨٩)

حدمعروف في قليلها ولا كثيرها

﴿ ما جاء في طلاق العبد ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن أبي الزناد عن سليمان

ابن يسار أن نفيها مكاتبها

كان لأمة سامة زوج النبي

صلى الله عليه وسلم أو عبدا

لها كانت تحتها امرأة

حرة فطلقها ثنتين ثم

أراد أن يراجعها فأمره

أزواج النبي صلى الله عليه

وسلم أن يأتي عثمان بن عفان

فيسأله عن ذلك فلقية عند

الدرج آخذاً بيد زيد

ابن ثابت فسألهما فابتدراه

جميعاً فقالا حرمت عليك

حرمت عليك * وحديثي

عن مالك عن ابن شهاب

عن سعيد بن المسيب أن

نفيها مكاتبها كان لام

سامة زوج النبي صلى الله

عليه وسلم طلق امرأة

حرة تطليقتين فاستفتي

عثمان بن عفان فقال حرمت

عليك * وحديثي عن

مالك عن عبد ربه بن

سعيد عن محمد بن إبراهيم

ابن الحارث التيمي أن نفيها

مكاتبها كان لأمة

زوج النبي صلى الله عليه

وسلم استفتي زيد بن ثابت

فقال اني طلق امرأة

حرة تطليقتين فقال زيد

تمس بحسبها نصف ما فرض لها * مالك عن ابن شهاب انه قال لكل مطلقة متعة قال مالك وبلغني عن القاسم بن محمد مثل ذلك * ش قد تقدم ذكرنا من يؤمر بالمتعة وقد قال القاسم بن محمد لا متعة في نكاح مفسوخ ولا فيما يدخله الفسخ بعد مدة العقد مثل ملك أحد الزوجين صاحبه وأصل ذلك قوله تعالى وللطلقات متاع بالمعروف فكان هذا الحكم مختصاً بالطلاق دون الفسخ ومن جهة المعنى انه أمر غلبا عليه وليس من قبل الزوج فيسلبها بالمتعة (مسئلة) وان جهل المتعة حتى مضت أعوام فليرجع ذلك اليها ان تزوجت أو الى ورثتها ان ماتت رواه ابن المواز عن ابن القاسم قال أصبغ لاشئ عليه ان ماتت وجه قول ابن القاسم أنه حق ثبت لها فينتقل عنها الى ورثتها كسائر الحقوق ووجه قول أصبغ ما احتج به من أنه لا عوض له وانما هو تسليمة من الطلاق وقد فات ذلك ص * قال مالك ليس للمتعة عندنا حدمعروف في قليلها ولا كثيرها * ش ونداء على ما قال مالك رحمه الله انه لاحد في جنسها ولا قدرها قال مالك وعي على قدر الرجل والمرأة لقول الله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وروى ابن وهب عن ابن عباس انه قال أعلاها الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة

﴿ ما جاء في طلاق العبد ﴾

ص * مالك عن أبي الزناد عن سليمان بن يسار ان نفيها مكاتبها كان لأمة سامة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كانت تحتها امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فلقية عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعاً فقالا حرمت عليك حرمت عليك * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن نفيها مكاتبها كان لأمة سامة زوج النبي صلى الله عليه وسلم طلق امرأة حرة تطليقتين فاستفتي عثمان بن عفان فقال حرمت عليك * مالك عن عبد ربه بن سعيد عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي ان نفيها مكاتبها كان لأمة سامة زوج النبي صلى الله عليه وسلم استفتي زيد بن ثابت فقال اني طلق امرأة حرة تطليقتين فقال زيد بن ثابت حرمت عليك * ش قول عثمان بن عفان وزيد بن ثابت لنفيها وقد طلق زوجها تطليقتين حرمت عليك يقتضي ان معنى التحريم استيفاء عدد الطلاق والمنع من الارتجاع الى الزوجية وهذا يقتضي ان قول القائل لزوجته أنت على حرام يقتضي ايقاع الثلاث وتضمن الحديث ان العبد لا يملك الا تطليقتين وان كانت حرة ص * مالك عن نافع ان عبداً لله بن عمر كان يقول اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان * ش قول عبد الله بن عمر هذا يقتضي ما قدمناه من أن معنى التحريم استيفاء الطلاق والمنع من استئناف زوجية الابعد زوج وهؤلاء أهل اللغة العربية الذين نزل القرآن بلسانهم وطريق هذا اللغة فيجب أن يرجع الى ما قاله من ذلك وأن يحمل قول الرجل لزوجته أنت على حرام على هذا ومذهب عبد الله بن عمر في أن الاعتبار في الطلاق بحال الزوج في الحرية والرق في الاعتبار في العدة بحال الزوجية وهو مذهب مالك رحمه

(١٢ - منتقى - بع) ابن ثابت حرمت عليك * وحديثي عن مالك عن نافع أن عبداً لله بن عمر كان يقول اذا طلق العبد امرأته تطليقتين فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره حرة كانت أو أمة وعدة الحرة ثلاث حيض وعدة الأمة حيضتان

الله وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولا بن عمر في ذلك قول آخر وهو ان المراهي في الطلاق
رف أحد الزوجين وبه أخذ أبو ثور والله أعلم ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر كان يقول من
أذن لعبد أن ينكح فالطلاق بيد العبد ليس بيد غيره من طلاقه شيء فاما أن يأخذ الرجل أمة غلامه
أو أمة وليدته فلا جناح عليه * ش قوله رضى الله عنه ان من أذن لعبد في النكاح فالطلاق
بيد العبد يريد ان السيد لا يملك أن يفرق بينه وبين زوجته ولا يوقع عليها طلاقا ولا يمنع العبد من
إيقاع ذلك وان كان له منعه من النكاح وبهذا قال جمهور الصحابة وعمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف
وبه أخذ مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر فقهاء الحجاز والعراق وروى عن جابر بن عبد الله وعبد
الله بن عباس ان الطلاق بيد السيد وقال غيرهما ان كان السيد زوجته فالطلاق بيد العبد وان كان
أشتراه مزوجا فله أن يفرق بينهما والدليل على ما نقوله ان السيد لما أذن له في النكاح فقد أذن
له في أن يملك سائر أحكامه كما ملكه الاستمتاع
(فصل) وقوله وله أن ينتزع أمة عند عبده قد استمتع بها كماله أن ينتزع أمة وليدته لان السيد أن
ينتزع مال عبده وامائه

* نفقة الأمة اذا طلقت وهي حامل *

ص * قال يحيى قال مالك ليس على حر ولا على عبد طلقا مملوكة ولا على عبد طلق حرة طلاقا باننا
نفقة وان كانت حاملا اذا لم يكن له عليها رجعة * قال مالك وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند
قوم آخرين ولا على عبد أن ينفق من ماله على ما يملك سيده الا باذن سيده * ش قوله رحمه الله
لا تجب النفقة على عبد ولا على حر طلقا مملوكة يريد والله أعلم الطلاق البائن فلا نفقة لها وان كانت
حاملان ابنها رقيقا لسيدها فالنفقة تلتزمه دون الزوج المطلق وبهذا قال الشافعي وجمهور الفقهاء
وروى عن الحسن والحكم أن النفقة على الزوج الحري يطلق الأمة وهي حامل ووجه القول الأول ان
هذه نفقة تجب بسبب الولد وهو عبد فلم يلزم إياه أصل ذلك نفقة بعد الانفصال من الرضاع وغيره
وأما ان كان الطلاق رجعيا فحكمها حكم الزوجية في النفقة بعد ان شاء الله تعالى
(فصل) وأما العبد يطلق الحرة حاملا فلا نفقة عليه لان نفقة الزوجية قد بطلت بالطلاق البائن
وليس للعبد أن ينفق مالا لسيده فيه حق الانتزاع والمنع من التصرف على ابنه وهو حر كماله ليس له
ذلك بعد الولادة

(فصل) وقوله وليس على حر أن يسترضع ابنه وهو عند قوم آخرين يريد ليس عليه رضاع ابنه
وكذلك ليس عليه نفقته وأجمع العلماء على هذا من يقول بالنفقة على الحامل ومن لا يقول بذلك
ووجهه ان العبد نفقته على سيده دون ابنه وغيره وهذا عند مولى الأم فكانت نفقته ومؤنته عليه

* عدة التي تفقد زوجها *

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال أيما امرأة فقدت
زوجها فلم تدركها فأنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل * ش قوله
رضي الله عنه أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدركها فأنها تنتظر أربع سنين لم يعتبر بما أقامت قبل
أن ترفع اليه ولو أقامت عشرين سنة والمفقود الذي ذهبت فيه الى عمر بن الخطاب هو الذي يغيب عن

* وحدثني عن مالك عن
نافع ان عبد الله بن عمر
كان يقول من أذن لعبد
أن ينكح فالطلاق بيد
العبد ليس بيد غيره من
طلاقه شيء فاما أن يأخذ
الرجل أمة غلامه أو أمة
وليده فلا جناح عليه
* نفقة الأمة اذا طلقت
وهي حامل *

* قال مالك ليس على حر
ولا على عبد طلقا مملوكة ولا
على عبد طلق حرة طلاقا
بائنا نفقة وان كانت حاملا
اذا لم يكن له عليها رجعة
* قال مالك وليس على
حر أن يسترضع ابنه وهو
عند قوم آخرين ولا على
عبد أن ينفق من ماله على
ما يملك سيده الا باذن سيده
* عدة التي تفقد زوجها *

* حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
سعيد بن المسيب أن عمر
بن الخطاب قال أيما امرأة
فقدت زوجها لم تدركها
فأنها تنتظر أربع سنين
ثم تعتد أربعة أشهر
وعشرا ثم تحل

أمر أنه بحيث لا يعلم من بلاد المسلمين ولم يفقد في معركة فيغلب على الظن هلاكها فيها فهذا إذا رفعت أمر أنه أمرها إلى السلطان قال عيسى عن ابن القاسم المفقود على ثلاثة أوجه مفقود لا يدري موضعه فهذا يكشف الامام عن أمره ثم يضرب له الأجل أربع سنين ومفقود في صف المسلمين في قتال العدو فهذا لا تنكح زوجته أبدا وتوقف هي وماله حتى ينقضي تعبيرة ومفقود في قتال المسلمين بينهم لا يضرب له أجل ويتلوم لزوجته بقدر اجتهاده المفقود الذي ذكره ابن القاسم أولا هو الذي يسأل أهله عن وجهه مغيبه وجهة سفره وعن وقت انقطاع خبره ثم يسأل ويبحث عن خبره وروى ابن القاسم عن مالك ويكتب إلى ذلك الموضع في الكشف عن أمره فان لم يوقف له على خبر استأنف لها ضرب أجل أربع سنين فان جاء في المدة أو جاء خبر حياته فهي على الزوجة وان لم يأت ولم يسمع له خبر حتى انقضت المدة اعتدت عدة الوفاة فان جاء في العدة فهي على الزوجة وان انقطع وانقضت العدة قبل مجيئه أو مجيئه علم بحياته فقد حلت للزوج وانما قلنا ان الامام يضرب لها أجلا بعد البحث عن أمر الذي به يعلم انقطاع خبره لماذا ذكره القاضي أبو محمد ان ذلك اجاع الصعابة لانه مروي عن عمرو عثمان قال وروى مثله عن علي وجاعة من التابعين ولم يعلم في عصر الصعابة مخالف فثبت أنه اجاع ومن جهة المعنى أن المرأة لها حق في الزوج ولو كان حاضر الفرق بينهما بالعنة ومغيب عينه أشد من العنة فأن ثبت لها الفرقة به أولى وهذا الذي ذكره أبو محمد في المسئلة والذي روى عن علي ذلك رواه عنه خلاص وفي روايته عنه ضعف وروى عنه انه قال هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتها موت أو فراق وهي أسانيد غير متصلة وما اتصل منها فليس بقوى وهي مع ذلك تحتل التأويل وروى مثل قول عمرو عثمان عن ابن عمر وابن عباس واتفق عليه أهل المدينة وبه قال مالك وأحمد بن حنبل وابن راهويه وقال أبو حنيفة والشافعي هي زوجة الأول والله أعلم (مسئلة) وانما يقدر الأجل بأربعة أعوام لأن الناس بين بقائلين قائل يقول لا يضرب لها أجل وقائل يقول يضرب لها أجل غير أربع أعوام فمن قال انه يضرب لها أجل غير أربع أعوام فقد خالف الاجماع ومن جهة المعنى ان الأغلب من حال هذه المدة انه يسمع فيها خبر من كان حيا في بلاد المسلمين مع البحث والسؤال عنه ومكتبة الجهة التي غاب اليها بأمره وقد قال ابن الماجشون لا يضرب له الأجل الا الامام الأعظم فان ضرب الأجل من يوم رفعت الأمر اليه وجهل ذلك لم يأتف ضرب الأجل ولكنه يحسبه من يوم ثبت عنده بعد الفحص عنه (مسئلة) وحكم الامام بأربع سنين حكم للزوجة عليه بذلك فاذا انقضت الأربع سنين كان لها أن تعتد دون اذن الامام قاله ابن القاسم في المدونة وعدتها لانه انما يحكم بموته في حقها فاذا انقضت عدتها حلت للزوج قال القاضي أبو محمد ولا يحتاج بعد انقضاء عدتها إلى اذن الامام في تزويجها قال لان اذنه قد حصل بضرب الأجل (مسئلة) وان كان له نساء فرفعت احداهن أمره إلى الامام وأبى سائرهن فضرب للقائمة الأجل بعد البحث قال يحيى بن عمر بلغني أن ابن القاسم سئل عنها فتفكر ثم قال أرى ضرب الأجل للمرأة الواحدة ضرب بالجميع فاذا انقضت الأجل تزوجن ان أحبين (مسئلة) وهل على امرأة المفقود اعداد في العدة قال مالك وابن نافع عليها الاحداد وقال ابن الماجشون لا اعداد عليها وجه قول مالك انها عدة من وفاة أنه انما يحكم بكونه ميتا لأن الظاهر انه لو كان حيا لسمع خبره ووجه قول عبد الملك انها فرقة يحتسب بها طلقه فلم يجب في العدة اعداد كطلاق الحاضر (مسئلة) وحكم الزوجة التي لم يدخل بها زوجها اذا فقد حكم المدخول بها في الأجل والعدة وختلف في صداقتها

فقال مالك لها جميعه وقال ابن دينار لها نصفه قال القاضي أبو محمد وجه قولنا لها جميع الصداق أن أمره ينزل على الوفاة وذلك يوجب لها جميع الصداق وقولنا لها نصف الصداق وانها فرقة تحسب طلقه كالطلاق وقد قال غيرهما من أصحابنا إن كان دفعه اليها لم ينزع منها وإن لم تكن قبضته لم تعط الانصفه (فرع) فإذا قلنا لها جميع الصداق فقد قال مالك ما كان منه معجلاً ومما كان مؤجلاً بقي إلى أجله وقال عبد الملك يعجل لها نصفه ويؤخر لها نصفه حتى يموت بالتعمير فتأخذ به وروى ابن سعدون عن أبيه يعجل لها جميع الصداق ووجه تأجيل البعض أن الفرقة مراعاة لا بدري أو فاته هي أم طلاق فيوقف لها نصف الصداق حتى يثبت حكم الطلاق بدخول الزوج الثاني أو بعقده على اختلاف أصحابنا في ذلك فسقط نصف الصداق في ذلك لأنها طلقه إلا أن يأتي الخبر أنه توفي قبل ذلك فيكون لها ذلك النصف وهو الذي ذهب إليه سعدون وأما من يقول أنه يبقى إلى أجله فلأن حكمه باق في ماله على ما كان عليه من الحياة فلا تحل ديونه وقدر روى عن أبيه أنه يقضي دينه من ماله حل دينه أو لم يحل ويوقف ميراثه إلى أقصى عمره ووجه قول عبد الملك أنه لما قضى بتوحيته في حقها كان أقل ما يجب لها نصف الصداق إن كان طلاقاً فعجل ذلك وانما تستحق الباقي بوفاته فتبقى حتى يحكم بها وأراه يردها لم تزوج فيحكم بالطلاق على ما ذكره سعدون والله أعلم (فرع) فإذا قضى لزوجته بجميع الصداق ثم قدم قال الشيخ أبو محمد يرد وقد تزوجت فقدر روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ترد نصفه ثم رجع فقال لا ترد شيئاً كالميت والمعتز بعد التلوم عليه (مسألة) وينفق على امرأه المفقود وعلى أولاده الصغار الذين لا مال لهم من ماله في مدة الأربع سنين وينفق في مدة العدة من ماله على ولده الصغار دون الزوجة المعتدة قاله ابن القاسم ووجه ذلك أن التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويته له وللتوفى زوجها نفقة العدة (فرع) فإن أنفق عليها في أربع سنين ثم جاء الخبر أنه قد كان مات قبل ذلك ردت ما أخذت من النفقة من يوم توفي الزوج وكذلك ولده فيما أنفق عليهم

(فصل) وأما الم ضرب الثاني من المفقودين وهم من فقد في قتال المشركين فقدر روى عيسى عن ابن القاسم أن زوجته لا تزوج أبداً توقف هي وماله حتى يأتي عليه من العمر ما لا يجيء إلى مثله وقال مالك إنما يضرب الأجل للمفقود في أرض الاسلام لا ببلد الكفر ولو علم بموضع الأسير ببلد الكفر ثم انقطع خبره لم يقض فيه بفراق ولا أجل وروى أشهب عن مالك في العتية فيمن فقد بين الصفيين في أرض العدو وأرض الاسلام فلتنظر بصر امرأته سنة من يوم ينظر في أمره السلطان ويضرب له الأجل ثم تعتد وقال أصبغ في كتاب ابن المواز في فقيده المترك إذا كان ببلد بعيد كافر بنية أو بلد العدو فهو كالمفقود (فرع) فإذا قلنا يعمّر فقدر روى عن مالك أشهب يعمّر سبعين سنة وروى ابن كنانة في المجموعة أن مالك قال في أن مات الأولاد وأوصى أن ينفق عليهن حياتهن بتعمير بمائتي سنة وقال ابن المواز التعمير في المفقود وغيره من السبعين إلى المائة قال عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وتوجيه ذلك كله يأتي في الوصايا إن شاء الله تعالى (فرع) فإذا قلنا بتعمير السبعين فإن ذلك لمن فارق قبل السبعين فإن غاب ابن سبعين فقدر روى أشهب عن مالك يعمّر ثمانين فإن غاب ابن ثمانين عمر تسعين فإن غاب ابن تسعين عمر مائة ويعمل في كل سن بقدر ما يرى بالاجتهاد

(فصل) وأما الم ضرب الثالث من المفقودين في فتن المسلمين فقدر روى عيسى عن ابن القاسم

لا يضرب له أجل ويتلوم الامام لزوجه بقدر انصراف من انصرف وانهم لم يمتنعوا من تزوج
 الا ان يكون فطرا بعيدا عن بلده كافر بنية أو نحوها فانها تنتظر سنة ونحوها قال في كتاب محمد تعد
 وقال في العتبية ويقسم ماله قال سحنون ان ثبت حضوره في المعتك بالعدول وان لم يشهد بموته
 وعقدت زوجته من يوم المعتك فان كان انما رآه خارجا من العسكر ليس في المعتك فهو كالمفقود
 يضرب له أجل المفقود وقال ابن حبيب ان فقد في معتك المسلمين في بعد فلتة برص امرأته سنة ثم
 تعد ويؤخر ميراثه الى التعمير قال أصبح الآن تكون المعركة في موضعه فلا تتر بص أكثر من
 العدة ويقسم ميراثه وقد قال أشهب عن مالك فبين فقد بين الصنفين تر بص امرأته سنة ثم تعد وقال
 ابن القاسم العدة داخله في السنة ثم رجع فقال هي بعد السنة عدة الوفاة ووجه ذلك الحكم بالظاهر
 انه اذا كان في موضعه فالظاهر انه اذا فقد في المعتك انه مقتول لأنه لو سلم لعاد الى موضعه وان كان
 بموضع بعيد ضرب له أجل سنة لأن الظاهر انه لو سلم لسمع خبره في السنة وفرق بين حرب المسلمين
 وحرب العدو على رواية عيسى ان العدو ذوأسرفين قطع خبره مع حياته ولذلك من فقد في بلاد
 الحرب لم يضرب له أجل المفقود ومن فقد في بلاد المسلمين ضرب له أجل المفقود لأن الظاهر ان
 كل من كان في بلاد المسلمين مطلق الدواعي متمكن من المكاتب والمراسلة وتتصل أخباره من بلد
 مقامه الى بلد أهله بخلاف من كان في بلاد الحرب والله أعلم ص قال مالك وان تزوجت بعد انقضاء
 عدتها فدخل بها زوجها ولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول اليها قال مالك وذلك الأمر عندنا
 يختلف قول مالك في زوجة المفقود تعد ثم تزوج فيقدم المفقود قبل أن يبنى بها الثاني فقال في
 الموطأ لا سبيل للزوج الأول اليها واختاره المغيرة وروى عنه انه قال الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني
 رواه ابن القاسم عنه واختاره وقال محمد الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني بها خلوها وجب العدة فلا
 شيء للزوج الأول ص وان أدركها زوجها قبل أن تزوج فهو أحق بها قال مالك وأدركت الناس
 ينكرون الذي قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخبر زوجها الأول اذا جاء في صداقها
 أو في امرأته ش وهذا كما قال انه لا خلاف انه لا يفوت الأول قبل أن يعقد الثاني عليها وانما الخلاف
 في فواتها بالعقد

(فصل) وقوله أدركت الناس ينكرون الذي قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب انه قال يخبر
 زوجها الأول اذا جاء في صداقها أو في امرأته يحتل وجهين أحدهما انهم ينكرون هذا القول مع
 صحته عن عمر ولكنهم لا يرونه ولا يعلمون به وذلك ان من بنى بامرأته ثم طرأ ما يوجب الفرقة فلا سبيل
 له الى المهر غير أن هذا لا يؤثر فيما ذكره شيوخنا من الاجماع لأن الاجماع حصل في أن يضرب لها أجل
 وتعد ثم يستيج النكاح ولو لم يصح ذلك كله لم يخبر الزوج الآن والوجه الثاني انهم ينكرون الرواية
 وهذا قدر واه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن المسور أن عمر وعثمان قضيا في المفقود ان
 امرأته تتر بص أربع سنين وأربعة أشهر وعشر بعد ذلك ثم تزوج فان جاء زوجها الأول خبير بين
 امرأته وبين الصداق قال الزهري يغرمه الزوج وقال معمر يغرمه المرأة وهذه الرواية على ما فيها من
 الارسال فلا يمنع أن تنكر على رواتها فان معمر اقرى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه
 وهم في كثير منها وقد تنكر الرواية على الثقة اذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ والله أعلم
 (مسألة) واذا دخل بها الثاني في نكاح فاسد يفسخ بغير طلاق فالأول أحق بها وان كان يفسخ
 بطلاق كنكاح المرأة بغير إذن الولي ونكاح العبد بغير إذن سيده فلا سبيل للزوج الأول اليها ويجب أن

قال مالك وان تزوجت بعد
 انقضاء عدتها فدخل بها
 زوجها ولم يدخل بها فلا
 سبيل لزوجها الأول اليها
 * قال مالك وذلك الأمر
 عندنا وان أدركها زوجها
 قبل أن تزوج فهو أحق
 بها * قال مالك وأدركت
 الناس ينكرون الذي
 قاله بعض الناس على عمر
 ابن الخطاب أنه قال يخبر
 زوجها الأول اذا جاء في
 صداقها أو في امرأته

يعتبر في ذلك ما يفسخ بعد البناء دون ما لا يفسخ والله أعلم (فرع) واذا فانت على الأول بعقد الثاني عليها أو بنائه بها احتسب الأول فرقه تطليقة وذلك أن الفرقة في حياة الزوج لا تكون الا لفساد في العقد أو فساد يطرأ عليه أو طلاق ولم يوجد ما يوجب الفسخ فكان طلاقا ص **قال** مالك وبلغني أن عمر بن الخطاب قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها ثم راجعها فلا تبليها رجعه وقبيلها طلاقه اياها فترجعت انها ان دخل بها زوجها الآخر ولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان يطلقها اليها قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى في هذا وفي المفقود **ش** وهذا مما اختلف فيه أيضا فقد قال محمد بهذا القول في المفقود والمطلق زوجته ولم تعلم رجعه حتى تزوجت ان عقد الثاني عليها فيمتها قال ابن القاسم ثم ان مالكا وقف قبل موته بعام وأنحوه في امرأة المطلق فقال زوجها الأول أحق بها لم يدخل بها الثاني وأما المنع لها زوجها فان رجعت للاول وان ولدت من الثاني أولادا والفرق بين المنع لها زوجها وبين هذين ان المنع لها زوجها لم يكن ذلك من قبل الزوج ولا حكم امام بصحة فعلها فلذلك لم تنف على زوجها وأما المفقود فان فرقها بحكم امام واجتهاده والمطلق الذي كتم رجسته سبب ذلك من قبله والله أعلم (مسألة) ولو كانت الزوجة أمة فلم تعلم بالرجعة حتى وطئها سيدا فان ذلك يفيقها على زوجها لان وطئ السيد بمنزلة وطئ الزوج في تفويتها على المفقود والذي خفيت رجعت رواءه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله رحمه الله وهذا أحسن ما سمعت في هذا يقتضي انه قد سمع خلاف هذا ولعله أراد به ما روى ان أبا دلف طلق امرأته ثم خرج مسافرا وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة ولا علم لها بذلك حتى تزوجت فسأل عمر عن ذلك فقال ان دخل بها فهي امرأته والا فهي امرأتك ويحتمل أن يكون مالك أشار الى هذا والله أعلم

✽ ما جاء في الاقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ✽

أما الاقراء فمالك وأهل الحجاز يقولون هي الاطهار وقال أبو اسحق الاقراء والقروء واحد هاقراء مثل فرع وهو قول عائشة وابن عمر وهما من أهل اللغة وأنشدوا قول الأعشى

مورثة مجدا وفي الاصل رفعة ✽ بماضع فيها من قروء نساءكا

والذي ضاع ههنا الاطهار قال بعض أهل اللغة والقروء معناه الجمع ولذلك ما قرأت الناقسة سلاقط أي لم يضم رحها جنيينا فط وأنشدوا العرو بن كلثوم

تريك اذا دخلت على خلاء ✽ وقد أنت عيون الكاشحين

ذراعي عيطل ادماء بكر ✽ هجان اللون لم تقرأ جنيينا

وهذا يدل على أن القراء الطهر لانه فيكون الجمع وأما وقت الحيضة فليس بوقت جمع وانما هو وقت اراقته ودفق ولذلك يقال قرأت الماء في الحوض اذا جمعت فيه ولا يقال ذلك في وقت اراقته والارسال والله أعلم ومنه ذهب أهل الكوفة ان القراء الحيض يقال اقراء وقروء وقال الاصمعي القراء الحيض يقال أقرأت المرأة اذا حاضت وقاله الكسائي والفراء وقال الأخفش أقرأت المرأة اذا حاضت وأنشدوا

يارب ذي ضغن على فارض له ✽ قروء كقروء الحائض

وهذا يحتمل أن يريد به الوقت وقال أبو اسحق هذا الوقت أشبه وقال أبو عبيدة القريء يصلح للطهر

✽ قال مالك وبلغني أن عمر بن الخطاب قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها ثم راجعها فلا تبليها رجعه وقبيلها طلاقه اياها فترجعت انها اذا دخل بها زوجها الآخر ولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الاول الذي كان يطلقها اليها قال مالك وهذا أحب ما سمعت الى في هذا وفي المفقود ✽ ما جاء في الاقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ✽

والحيض وبه قال أبو اسحق الزجاجة واليه ذهب القاضي أبو اسحق غير انه قال وهو في الطهر أظهر ومع ذلك فانه اذا احتمل المعنيين وجدناه مستعملا في الشرع في الطهر قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن معناه في هذا الوقت كما يقول الرجل وكتب لغرة الشهر يريد في هذا الوقت ولا خلاف انه انما يؤمر بالطلاق وقت الطهر فيجب أن يكون هو المعتبر به في العدة فانه قال تعالى فطلقوهن لعدتهن يعني وقتا تعتد به ثم قال تعالى وأحصوا العدة يريد ما تعتد به المرأة المطلقة وهو الطهر الذي تطلق فيه وقال النبي صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم لم يسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وذلك بقية ضي أن زمان الطهر هو الذي يسمى عدة وهو الذي يطلق فيه النساء ولا خلاف ان من طلق في حال الحيض لم يعتد بذلك الحيض ومن طلق في حال طهر فانه اعتد عندنا بذلك الطهر فكان ذلك أولى قال القاضي أبو اسحاق ولان الاقراء انما شرعت للعلم براءة الرحم أو لتغلب على الظن براءته فاذا حاضت حيضة كانت من العلامة على براءة الرحم فاذا حاضت الثانية والثالثة تأكد ما يراد من براءة الرحم فحلت للزواج ولم تنتظر بقية الحيض لان آخر الحيض أضعف من أوله فلا معنى لمراقبته بدل على ذلك ان من وطئ أمته أو أراد بيعها جاز له ذلك بدخولها في الحيضة ولم يكن عليه أن يمنع من ذلك حتى تطهر وقال أبو عمرو بن العلاء القراء الوقت وهو يصلح للطهر والحيض ويقال هذا قارى الرياح أى وقت هبوبها وهذا القول يقرب من قول من قال انه يقع على الأمرين وقال المتأخرون من أصحابنا ان القراء هو الخروج من طهر الى حيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي عبيدة ما يقرب من ذلك وقال هو خروج من شئ الى شئ فخرجت من طهر الى حيض أو من حيض الى طهر

(فصل) الطلاق الشرعي هو من فرقة الزوجة يقال طلقت المرأة وحكى طلقت والمرأة طالق وزعم بعض أهل اللغة ان الهاء سقطت من طالق لانه لاحظ التدكير فيه وأنكر ذلك غيره من أهل اللغة وقال ان مثل هذا في لغة العرب كثير مما يشترك فيه المؤنث والمذكر يقال بعير ضامر وناقه ضامر وشاغل وزعم سيبويه انه وقع على لفظ التدكير صفة للمؤنث وذلك بمعنى النسب نحو قوله امرأة مذكار ورجل مذكار يريدون ذات ذكور وكذلك امرأة طالق يريدون ذات طلاق فاذا أجرته على الفعل قلت طالقة قال الأعشى

أيأجارتني بيني فانك طالقة * كذاك أمور الناس غاد وطارقه

ص * مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فلا يسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء * ش قوله ان عمر طلق امرأته وهي حائض يحتمل أن يثبت ذلك باقرارهما أو ببينة تشهد بذلك من النساء فان أقرت المرأة انها حائض وأنكر ذلك الزوج قال ابن سحنون عن أبيه هي مصدقة ولا تكشف ولا ينظر اليها النساء ويجبر الزوج على الرجعة وجه ذلك ان هذا حكم من أحكام الحيض فكانت المرأة مصدقة فيه كانه قضاء العدة وروى أصبغ عن ابن القاسم فبين طلق فقالت طلقني في الحيض فقال بل طلقتك وأنت طاهر القول قوله ومعنى ذلك أن تقوله بعد ما طهرت وأما اذا قالته قبل أن تقر بالطهر فالقول قولها على ما تقدم قال وقد قيل ان القول قوله

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها فلا يسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء

(فصل) سؤال عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن طلاق ابنه عبد الله امرأته في حال حيضها لما ظهر اليه من منع ذلك أو لما سمع من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك من المنع ولم يسمع منه حكم ما يلزم من فعل ذلك ووقع منه وقد قال مالك وأصحابه لا يجوز لأحد أن يطلق امرأة في دم حيض ولا دم نفاس لما ذكر في آخر الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وهذا يقتضي منع الطلاق في غيرهما (مسئلة) ولا يجوز له أن يصالح امرأته في الحيض قاله ابن القاسم وأشهب وأما الطلاق الذي يكون بغلبة من السلطان فبين به جنون أو جذام أو عتق أو لعدم النفقة فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب لا تطلق عليه في دم ولا حيض ولا نفاس والأمة تعتق في الحيض لا ينبغي أن تختار حتى تطهر فإن فعلت مضى وأما المولى فروى أشهب لا تطلق عليه حال الحيض وروى ابن القاسم عن مالك تطلق عليه وجه الرواية الأولى ما احتج به مالك قال وكيف أطلق عليه وأجبره على الرجعة ووجه القول الثاني أن الطلاق حق للزوجة فوجب عليه لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر إلى قوله وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم والارتجاع بعد ذلك حق لله تعالى فيجب أن يقضى بالحقين وقد تقدم في كتاب الطلاق لزوم ما يوقع من الطلاق حين الحيض وبالله التوفيق (مسئلة) وإذا رأت الحائض القصة البيضاء فلا يطلقها زوجها حتى تغتسل ووجه ذلك أن هذه حالة هي ممنوعة فيها من الصلاة ووطء الحائض لا حل الحيض فوجب أن يمنع الطلاق أصل ذلك مادامت تضافاً واو ضعت الحامل ولداً وبقي في بطنها آخر فطلقها الزوج فقد قال الشيخ أبو عمران أن قلنا تطلق الحامل حال الحيض لم يجز ذلك على الرجعة وإن قلنا بقول محمد في المستحاضة تميز فطلق حل الحيض يجزى على الرجعة فيجوز الأمر في هذه على تلك (مسئلة) وإذا انقطع الدم عن المرأة فطلقها زوجها ثم عاودها بالقرب أجبر الزوج على الرجعة قاله أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن ووجه ذلك ما فيه من تطويل العدة إذ قد ظهر أنه مطلق في وقت يضاق ما بعده من الدم إلى ما قبله فتعد ذلك كله حيضة واحدة كالذي طلق حال الحيض * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندي أنه لا يجزى على الرجعة لأنه وقع الطلاق في وقت يجوز إيقاعه فيه ويصح صومه ووطء الزوج فيه كالأول وأفعه حل طهر كامل وقد رأيت ذلك لبعض الصقليين والله أعلم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الزوج أن يطلق الصغيرة والبالغة أي وقت شاء ولا يوصف طلاقها بأنه للسنة ولا للبدعة لأن حالها واحدة ليست لهما حالان فيختص إيقاع الطلاق باحدهما وإنما جميع تلك الحال وقت للعدة فكانت وتم الطلاق (مسئلة) وأما غير المدخول بها ففي طلاقها حل الحيض روايتان أحدهما ما روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه قال لا بأس بذلك ونهى عنه أشهب ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أنه طلاق لا يلحق به ضرر تطويل العدة كطلاق الطاهر ووجه قول أشهب أنه طلاق حائض فتعلق به المنع كطلاق المدخول بها وقد قال الشيخ أبو عمران منع أشهب إنما هو على الكراهية فإذا قلنا أن ذلك ممنوع فإن طلاقها يتنوع إلى السنة والبدعة من جهة الوقت على ما تقدم وإن قلنا أن ذلك مباح فلا يوصف بشئ من ذلك فقد قال القاضي أبو محمد في الحامل أنه يتخرج طلاقها حال حيضها على ما تقدم ووجدت للقاضي أبي الحسن أن ذلك ممنوع والشيخ أبي عمران أن ذلك مباح وتوجيه القول فيه على ما تقدم (مسئلة) فأما المستحاضة فعلى ضربين مستحاضة لا تميز ومستحاضة تميز فأما التي لا تميز فحكمها حكم الصغيرة والبالغة قال ابن شهاب تطلق المستحاضة إذا طهرت للصلاة قال فجعل ذلك طهراً * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندي

انه أراد التي تميز ويحتمل أن يراد المستحاضة التي تميز والتي لا تميز فيكون طهر التي تميز لاغتسال
من الحيض ويكون طهر التي لا تميز الوضوء للصلاة لاسيما على قول من قال من أصحابنا ان دم
الاستحاضة حدث فيه تأثير في منع الطلاق لانه من جنس الحيض الذي يمنعه
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها طاهر هذا الأمر وجوبه على عمر رضي الله عنه
الأمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك له ويحتمل أن يكون قدمه للحكم بذلك على ابن عمر بالارتجاع
ويقتضى أمر عمر لابنه عن أمر النبي صلى الله عليه وسلم ولزومه له وان كان أمر عمر بذلك بمعنى
لتقدم للحكم عليه فقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها الحكم عليه بذلك وذلك لازم لكل من طلق
امرأته في حال حيضها أن يراجعها اذا كان له عليها رجعة فان لم يكن له عليها رجعة لان الطلاق بائن
يخلع أو استيفاء عدد الطلاق أو طلق عليه من جنون أو جذام أو عنة أو عسار بنفقة فأما العنين فلا
رجعة له بوجه لانه طلق قبل الدخول وأما غيره فلزوال موجب الطلاق مثل أن يفيق المجنون أو
بوسر العسر أو يخف الجذام الى حال لو كان عليها لم تطلق عليه فقد قال ابن المواز لكل واحد منهم
الرجعة قال محمد ومن طلق منهم حادثاً أجبر على الرجعة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يؤمر بها
ولا يجبر ووجه ذلك ما تقدم من الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم فتلث العدة التي أمر الله أن يطلق
لها النساء ومن جهة المعنى انه مضار بتطويل العدة فنفع من ذلك وأجبر على الرجعة (فرع) فان
أمر بالرجعة فامتنع منها ففي كتاب محمد بن المواز عن ابن القاسم وأشهب يهدسوا ابتداء الطلاق
أو حث فان أبي سبجته الحاكم فان فعل والاضرب بالسوط ويكون ذلك قريبا في موضع واحد فان
تمادى ألزمه الحاكم الرجعة وكانت الرجعة ووجه ذلك أن امتناعه من الرجعة وبقائه على حكم
الطلاق معصية فلا بد أن يجترىء على الافلاع عنها والخروج منها والازم ما يجب من ذلك (مسئلة)
فان غفل عنه حتى طهرت فعل به أيضا قال ابن القاسم ما لم يخرج من تلك العدة وقال أشهب ما لم
تطهر من تلك الحيضة ثم تطهر فلا تبيح وجه القول الاول ان هذه مدة من العدة فاجبر المطلق على
ارتجاعها أصل ذلك الطهر الأول وزمن الحيض وقال ابن المواز قول ابن القاسم أحب السنا لانها
رجعة وجبت ووجه قول أشهب ما احتج به انه لو ارتجع لجاز له أن يطلق الآن فلا يجبر الآن على
الرجعة لانقضاء الوقت المنهي عن الطلاق فيه وفي هذا الظاهر أباح النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر
أن يطلق بعد أن يرتجع فلامعنى لجبره فيه على الارتجاع (فرع) فان أجبر على الرجعة ولم ينوها
فقد قال بعض البغداديين من أصحابنا ليس له أن يستمتع بها فوق الازار منها حال حيضها ولو نوى
الرجعة جاز له ذلك ورأيت للشيخ أبي عمران هي رجعة صحيحة وله الوطء كالتزوج هازلا يلزمه
النكاح وله الوطء (مسئلة) ولولم يجبر في الحيض الأول على الارتجاع فلما طهرت طلقها ثانية
قبل أن يراجع قال ابن القاسم يجبر على الرجعة ووجه ذلك ان الرجعة واجبة عليه بالطلاق الاول
في الحيض فلا يسقط عنه ذلك بما زاد من الطلقة الثانية ما بقيت له فيها رجعة (مسئلة) وان أجبر
على الارتجاع فارتجع فلما طهرت طلقها ثانية قال ابن القاسم بشئ ما صنع ولا أجبره على الرجعة
وجه كراهية طلاقه ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع ثم يسك حتى تطهر ثم تحيض وهذا
عام في ايقاع الطلاق في الطهر الأول وانما لم يجبر على الارتجاع لانه ليس في هذا الطلاق تطويل
للعدة فلم يتعلق به حق للزوجة
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم ان شاء طلق وان

شاء أمسك قال شيوخنا البغداديون معنى ذلك أن يمسه في الطهر لئلا يمسك من الوطء إن شاء لأن مقصود النكاح المبتدأ والرجعة الوطء فلذلك شرع له أن يمسه في طهر يكون له فيه الوطء إن شاء لئلا يكون ارتجاعه لغير مقصود النكاح فيكون على معنى الاضرار قال الله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وقال تعالى وبعلوثهن آحق بردهن في ذلك إن أرادوا أصلا فشرط ارادة الإصلاح في الرجعة والله تعالى أعلم أن يكون على سنة النكاح ومقتضاه ومقصوده ولفظ الرجعة يدل على وقوع الطلاق ولو لم يقع الطلاق لقال مرة فلا يمسه كما روى الحديث نافع عن ابن عمر وهو أثبت الناس فيه وكذلك رواه سالم عن أبيه من رواية ابن شهاب عنه وابن شهاب أثبت من يروى عنه وتابعهم على ذلك جماعة ورواه يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وغيرهم عن ابن عمر وقالوا فيه فليراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق بعد وإن شاء أمسك وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة عن سالم عن ابن عمر وزاد فيه ثم إن شاء طلقها طاهرا قبل أن يمس أو حاملا وعلى كل حال فالزيادة من العدل مقبولة لاسيما مثل هذا وقد تابعه عليه جماعة سالم وعلقمة وعطاء الخراساني ورواها الزيادة عن ابن عمر والنظر يعضده هذه الرواية وبه قال مالك والشافعي وذوهاب أبو حنيفة إلى أنه يراجعها وإذا طهرت كان له أن يطلقها والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما تقدم من الأثر والنظر والله أعلم

(فصل) وقوله إن شاء أمسكها وإن شاء طلق قبل أن يمس يقتضى أنه يقع الطلاق في طهر لم يمس فيه لما في الطلاق في طهر قدم مس فيه من اللباس في العدة لأنها لا تدرى أعتد بالاقراء أو بالحل والله أعلم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء معناها والله أعلم أن يطلق زوجته في طهر لم يمس فيه ولا يعقب حيضا طلق فيه وذلك أن من تزوج امرأة جازله أن يطلقها بعد ذلك في طهر لم يمس فيه والذي طلق في الحيض إذا ارتجع لو أبيع له الطلاق في الطهر الأول لا يقتضى ذلك أن يطلق في طهر مس فيه أو يكون ارتجاعه بمضى نكاح لا يدرى كنه فيه من الوطء وذلك محظور فلذلك منع من الطلاق في أول طهر ليسلم من ذلك (مسألة) إذا ثبت ذلك فإنه يعتد عليه بالطلاق الذي يوقعه في الحيض رجعا كان أو بائنا قال القاضي أبو الحسن والقاضي أبو محمد خلافا لمن لا يعتد بخلافهم وهم هشام بن عبد الحكم وابن علية وداود والدليل على ما نوقله قوله تعالى الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان إلى قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال ولم يفرق بين أن يكون الطلاق في حال حيض أو طهر ولا يخلو أن يريد بذلك تعالى أن الزوج يملك إيقاع هذا المقدار من الطلاق ولم يخص حال دون حال فوجب أن يحل على عمومهم يقولون أنه لا يملك إيقاعه أو يريد به أن وقع هذا العدد من الطلاق لزمه فيجب أن يعمل أيضا على عمومهم ودليلنا من جهة السنة أن عبد الله بن عمر قال طلق امرأتى وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتغيظ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال مرة فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلق فيها فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرا من حيضتها قبل أن يمسها قال والطلاق للعدة كما أمر الله - تزوج قال وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلقها فراجعها عبد الله بن عمر كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القاضي أبو محمد في الحديث أدلة أحدهما أنه قال صلى الله عليه وسلم مرة فليراجعها قال وهذا لا يستعمل غالباً في النكاح إلا بالطلاق الذي يعتد به ووجه آخر وهو أنه قال فحسبت من طلقها والذي كان يعتد به في

ذلك الزمان انما كان النبي صلى الله عليه وسلم وقد شور في المسئلة وأفتى فيها بما امتثل فبحال أن يعتد بها عبد الله طلقه من غير أمره صلى الله عليه وسلم ودليلنا من جهة القياس انه ازالة ملك مبني على التغليب والسراية فوجب أن ينفذ في حال الطهر والحيض كالعتق واستدلال في المسئلة وهو أن إيقاع الطلاق والزامه تغليظ ومنعه تخفيف بدليل انه لا يلزم المجنون والصبي والتائم والمغمى عليه لانهم غير عصاة ويلزم السكران لانه عاص فاذا ثبت انه يلزم من أوقعه على الوجه المأمور به فبان يلزم من أوقعه على الوجه الممنوع أولى وأحرى ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت أبي بكر بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكرت ذلك لعمره بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس وقالوا ان الله تارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار فالذي عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول هذا ير يدقول عائشة رضي الله عنها * ش قوله ان عائشة رضي الله عنها انتقلت حفصة حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة يقتضى انها تعتقد انقضاء عدتها واستيفاء ما كان لزمها من المقام بسببها وهذا مبني على ما قاله شيخنا من أن الاقراء هي الاطهار لانه لا خلاف ان المطلقة المدخول بها مع السلامة تعتد ثلاثة قروء لقول الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء فذهب عائشة وأكثر علماء المدينة ان الاقراء هي الاطهار وبه قال مالك والشافعي وقد احتج مالك لذلك بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن فانما تطلق في طهر تعتد به وحتج لذلك بحديث ابن عمر إذا أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يطلق للطهر ثم قال صلى الله عليه وسلم فتلک العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء غير أن آخر الطهر يجزى عن جميعه وتحقيق ذلك ان القراء الخروج من الطهر الى الحيض فاذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد كملت لها ثلاثة اقراء وانقضت عدتها وكان لها أن تنتقل من موضع اعتدادها وقاله أشهب

(فصل) وقول عمره وقد جادلها في ذلك أناس يقتضى ان المجادلة مباحة عند الصحابة بل هي مأثور بها اذا كانت على وجهها من القصد الى الحق وطلب حقيقة الحكم فان عائشة رضي الله عنها قد أتت ذلك مع جماعة من الناس وشاع ذلك واشتهر ولم ينكر ذلك أحد عليها فثبت انه اجماع

(فصل) وقولهم ان الله يقول في كتابه والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء على معنى المنع لهما من انتقال المعتدة بأول الحيضة الثالثة فجاء بهم عائشة بأن التعلق بالآية صحيح غير أن تأويلها على غير ما ظننتم وذلك انكم تظنون ان الاقراء هي الحيض وانما الاقراء الاطهار وقد قال بعض أصحابنا ان اسم القراء يقع على الطهر والحيض الا أنه في الطهر أظهر أظهر فعلى هذا يجب حمله على الطهر من وجهين أحدهما أنه فيه أظهر فوجب أن يحمل على ظاهره ولا يعدل عنه الا بدليل والوجه الثاني ان الحكم الثاني اذا علق في الشرع على اسم يتناول معنيين تعلق بأولها وجودا فاذا كان الطلاق في زمن الطهر فأول الاقراء الاطهار فيجب أن يتعلق الحكم بها

(فصل) وقول عائشة لمن جادلها في ذلك أندرون ما الاقراء وانما الاقراء الاطهار ان كانت قالت ذلك لمن ليس من أهل اللغة فواضح لانها أعلمتهم بمقتضاها في اللغة وان كانت قالت ذلك لمن هو من أهل اللسان والعلم باللغة في العربية فيحمل أن تكون الاقراء واقعة في الطهر على الحيض فأعلمتهم

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين انها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة قال ابن شهاب فذكرت ذلك لعمره بنت عبد الرحمن فقالت صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس وقالوا ان الله تارك وتعالى يقول في كتابه ثلاثة قروء فقالت عائشة صدقتم تدرون ما الاقراء انما الاقراء الاطهار * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب انه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول هذا ير يدقول عائشة

وحدثني عن مالك عن نافع وزيد بن أسلم عن (١٠٠) سليمان بن يسار أن الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم

من الحيضة الثالثة وقد كان
طلقها فكتب معاوية
ابن أبي سفيان إلى زيد
ابن ثابت يسأله عن ذلك
فكتب إليه زيد بن ثابت
أنها إذا دخلت في الدم من
الحيضة الثالثة فقد برئت
منه وبرئ منها ولا ترثه ولا
يرثها * وحدثني عن مالك
أنه بلغه عن القاسم بن محمد
وسالم بن عبد الله وأبي
بكر بن عبد الرحمن وسليمان
ابن يسار وابن شهاب أنهم
كانوا يقولون إذا دخلت
المطلقة في الدم من الحيضة
الثالثة فقد بانت من زوجها
ولا ميراث بينهما ولا رجعة
له عليها * وحدثني عن
مالك عن نافع عن عبد الله
ابن عمر أنه كان يقول إذا
فدخلت في الدم من الحيضة
الثالثة فقد برئت منه
وبرئ منها قال مالك
وهو الأمر عندنا * وحدثني
عن مالك عن الفضيل بن
أبي عبد الله مولى المهدي
أن القاسم بن محمد وسالم
ابن عبد الله كانا يقولان
إذا طلقت المرأة فدخلت
في الدم من الحيضة الثالثة
فقد بانت منه وحلت
* وحدثني عن مالك أنه
بلغه عن سعيد بن المسيب
وابن شهاب وسليمان بن
يسار أنهم كانوا يقولون أن عدة المختلعة ثلاثة قروء * وحدثني عن مالك أنه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وأن تباعدت

أن المراد به في الشرع الطهر ويحتمل أن يكون بعض العرب يريد به الطهر وبعضهم يريد به الحيض
فأعلمتهم أنه في لغة قريش الطهر وأن حمله على مقتضاه في لغة قريش أولى لأن القرآن نزل بلغتهم
والله أعلم

(فصل) وقول أبي بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول هذا يريدانه
لم يدرك أحدا من فقهاء المدينة الا وهو يقول أن الاقراء هي الاطهار ودق قول أهل المدينة وعائشة
وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وهم من أهل اللغة فيرجع إلى قولهم وقد روى عن عمر وعلي بن أبي
طالب وأبي موسى وعبد الله أن القراء الحيض وقد حكى القاضي أبو اسحق عن أبي بكر الأثرم أن
أحمد بن حنبل كان يذهب إلى ذلك ثم رجع عنه وقال رأيت حديث عمر وعبد الله يختلف في
اسناده الأعمش ومنصور الخالك وحديث ابن المسيب عن علي ليس هو عندى سماعا وهو مرسل
أرسله سعيد بن علي وحديث الحسن عن أبي موسى منقطع لأن الحسن لم يجتمع معه والأحاديث
عن قال الاقراء هي الاطهار قوية صحيحة فرجع أحمد إلى هذا ص * مالك عن نافع وزيد بن أسلم
عن سليمان بن يسار أن الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة وقد كان
طلقها فكتب معاوية بن أبي سفيان إلى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك فكتب إليه زيد بن ثابت أنها إذا
دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها * مالك أنه بلغه أن القاسم
ابن محمد وسالم بن عبد الله وأبا بكر بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وابن شهاب كانوا يقولون إذا
دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت من زوجها ولا ميراث بينهما ولا رجعة عليها *
مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول إذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة
الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها قال مالك وهو الأمر عندنا * مالك عن الفضيل بن أبي عبد الله مولى
المهدي أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا يقولان إذا طلقت المرأة فدخلت في الدم من الحيضة
الثالثة فقد بانت منه وحلت * ش وقوله أن الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم
من الحيضة الثالثة وكان طلقها يقتضى على مذهبه مالك أنه طلقها في حال حتمته ولو طلقها في المرض
الذي توفي منه لورثته على ما تقدم

(فصل) وقوله فكتب معاوية بن أبي سفيان في ذلك إلى زيد بن ثابت على ما جرت به عادة الأمراء
أو الحكام من مشاوره أهل العلم واستدعاء فتاوى أهل المدينة فيما أشكل من المسائل بالآفاق
(فصل) وقول زيد بن ثابت رضي الله عنه إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه
وبرئ منها يريد أنه انقضى ما كان بينهما من أحكام العدة من الارتجاع والنفقة والسكنى والتوارث
والمنع من تزوج غيره ص * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وابن شهاب وسليمان بن يسار
كانوا يقولون أن عدة المختلعة ثلاثة قروء * مالك أنه سمع ابن شهاب يقول عدة المطلقة الاقراء وأن
تباعدت * ش قولهم أن عدة المطلقة ثلاثة قروء يريدون التي تعتد بالاقراء ولا خلاف في ذلك
لنص القرآن وهو قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولفظ يتربصن وإن كان لفظه
لفظ الخبر فإن المراد به الأمر فإن خبر الباري تعالى لا يكون بخلاف مخبره ونحن نرى من المطلقات من
لا تربصن ثلاثة قروء فدل ذلك على أنه على الأمر

(فصل) وقول ابن شهاب عدة المطلقة ثلاثة قروء وأن تباعدت يريد أن بعد ما بين القراءين لا يمنع

* وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن رجل من الأنصار (١٠١) ان امرأته سألته الطلاق فقال اذا حضت فأذني

الاعتبار بها ما لم يؤد تأخير القراء الى حال الرية وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص
 * مالك عن يحيى بن سعيد عن رجل من الأنصار ان امرأته سألته الطلاق فقال اذا حضت فأذني
 فلما حضت آذنته فقال اذا طهرت فأذني فلما طهرت آذنته فطلقها * قال مالك وهذا أحسن
 ما سمعت في ذلك * ثم قول الأنصارى لامرأته اذا سألته الطلاق اذا حضت فأذني يحتمل
 أن يكون في طهره قد مسها فيه وإيقاع الطلاق فيه ممنوع فأمرها أن تؤذنه بحيضها ليسلم طلاقه من
 ذلك فلما حضت قال لها اذا طهرت فأذني لان إيقاع الطلاق حال الحيض ممنوع كما تقدم فلما
 طهرت أوقع الطلاق في طهره لم مسها فيه ولا نعقب حيضا طلقها فيه وهو الزمان الذي شرع إيقاع
 الطلاق فيه والله أعلم

* ما جاء في عدة المرأة في بيتها اذا طلقت فيه *

عن يحيى بن سعيد عن
 القاسم بن محمد وسليمان بن
 يسار انه سمعهم ما يدكران
 أن يحيى بن سعيد بن
 العاصي طلق ابنة عبد
 الرحمن بن الحكم البتة
 فانتقلها عبد الرحمن بن
 الحكم فأرسلت عائشة أم
 المؤمنين الى مروان بن
 الحكم وهو يومئذ أمير
 المدينة فقالت اتق الله
 واردد المرأة الى بيتها فقال
 مروان في حديث سليمان
 ان عبد الرحمن غلبني وقال
 مروان في حديث القاسم
 أو ما بلغه شأن فاطمة بنت
 قيس فقالت عائشة لا
 يضرك أن لا تذكر
 حديث فاطمة فقال مروان
 ان كان بك الشر فحسبك
 ما بين هذين من الشر
 * وحدثنى عن مالك عن
 نافع أن بنت سعيد بن زيد
 ابن عمرو بن نفيل كانت
 تحت عبد الله بن عمرو بن
 عثمان فطلقها البتة فانتقلت
 فأنكر ذلك عليها عبد الله
 ابن عمر

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أنه سمعهم ما يدكران أن
 يحيى بن سعيد بن العاصي طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم
 فأرسلت عائشة أم المؤمنين الى مروان بن الحكم وهو يومئذ أمير المدينة فقالت اتق الله واردد المرأة
 الى بيتها فقال مروان في حديث سليمان بن عبد الرحمن بن غلبني وقال مروان في حديث القاسم أو ما
 بلغك شأن فاطمة بنت قيس فقالت عائشة لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة فقال مروان ان كان
 بك الشر فحسبك ما بين هذين من الشر * مالك عن نافع أن بنت سعيد بن عمرو بن نفيل كانت تحت
 عبد الله بن عمرو بن عثمان فطلقها البتة فانتقلت فأنكر ذلك عليها عبد الله بن عمرو * ثم قوله ان
 يحيى بن سعيد طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة يحتمل أن يكون طلقها آخر ثلاث تطليقات
 فان تلك الطلقة توصف بها البتة لان حكمها في ذلك حكم الثلاث وانتقال عبد الرحمن ابنته يريد من
 موضع عدتها وهو موضع سكنها مع زوجها وذلك ان السكنى وان كانت حقاً من حقوق الزوجة
 فان المقصود منه حفظ النسب ولحق الله به تعلق فيغلظ لذلك فليس للزوجة اسقاطه وتقال مالك
 للبتوة السكنى على زوجها في العدة ويحبس ويباع عليه فيه ماله ومعنى ذلك ان هذا حق على الزوج
 وان كان له مال يؤخذ به كما يؤخذ بسائر الحقوق اللازمة (مسئلة) فان لم يكن له مال فقد قال مالك
 ان استيقن انه لا شيء له فذلك عليها ومعنى ذلك والله أعلم انه يسقط عنه حق السكنى والنفقة لانه انما
 يجب ذلك عليه بشرط اليسار والغنى ويسقط مع العدم فيكون عليها أن تسكن نفسها كما يكون
 عليها أن تنفق على نفسها وهذا في المدخول بها التي يوطأ مثلها وان كانت غير مدخول بها لم يكن لها
 سكنى في وفاة ولا طلاق صغيرة كانت أو كبيرة قاله مالك في الموازية (مسئلة) وان كانت أمة
 فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا ان لها السكنى في الفراق كان الزوج حراً أو عبداً اذا بوئت
 بيتاً قال مالك وتعد الأمة حيث كانت ان كان الزوج يأتها عند أهلها اعتدت عندهم وان كانت
 عندهم بالنهار وتبيت عند زوجها بالليل اعتدت في منزله قال أشهب ان كان ينفق عليها فعليه
 السكنى والا فلا ووجه قول مالك ان سكنى العدة معتبرة بالسكنى حال الزوجية ويتعين في موضعه
 فاذا لم يكن لها عليه سكنى في حال الزوجية وقت كمال النكاح فبان لا يجب لها حال الفراق وهو وقت
 اسلام النكاح أولى وأحرى ووجه قول أشهب ان السكنى حكم يجب بالزوجة كالنفقة فاذا اقتضت
 الزوجية ثبوت احدهما اقتضت الأخرى واذا لم تقتضه لم تقتض الأخرى والله أعلم (مسئلة) وأما

الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا سكنى لها في الطلاق وان كان قد بنى بها زوجها قاله مالك لأنه لا عدة عليها ويدل على ذلك أنه ليس لذلك البناء حكم البناء في عدة ولا كمال صداق ولا وجوب سكنى ولا نفقة والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت أن للعدة السكنى فلا تبنت في غير بيتها ولها أن تخرج نهارا خلافا لابي حنيفة والدليل على ما نقوله ان الذي تضمنه النص الاسكان قال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والخروج بالنهار لا ينافي السكنى فلم تمنع من ذلك ولان في منعها من التصرف اضرار بها فليس كل النساء لها من يتصرف لها

(فصل) وفوله فنقلها عبد الرحمن بن الحكم يريد قبل انقضاء عدتها فأرسلت عائشة الى مروان بن الحكم أتق الله ورد المرأة الى بيتها انكارا منها لانتقالها من بيتها قبل انقضاء عدتها لان ذلك عند عائشة واجب عليها تحجير عليه ان أبته وهذا معنى قولها رد المرأة الى بيتها وهو أمير المدينة يومئذ ولو كانت الزوجة لا تجبر على المقام في بيت سكنها مدة العدة لما خاطبت بذلك من اليه حكم المدينة وانما كانت تخاطب به المرأة في خاصتها وتعلمها ان ذلك أفضل لها وذلك ان انتقالها لا يخلو أن يكون بعذر أو بغير عذر فقد قال ابن القاسم في المدونة اذا خافت الزوجة المعتدة من وفاة زوجها سقطت المبيت أو كانت بقرية ليس فيها مسامون وتخاف على نفسها اللصوص وما أشبه ذلك مما لا يؤمن عليها في نفسها فلها أن تتحول وأما غير ذلك فلا تتحول ولو كانت في مصر من الأمصار فخافت جار سوء فقد قال ابن القاسم ترفع أمرها الى السلطان لان مالكا قال لا تنقل الا لأمرا لا تستطيع القرار عليه والمدينة بخلاف القرية ومعنى ذلك ان المدينة فيها من ترفع أمرها اليه ويكفيها من تنقيه من الجار سوء وغيره والقرية في الغالب ليس فيها سلطان ولا يمنع المتعدى من التعدى فاذا خافت على نفسها انتقلت عنها (فصل) وقول عائشة رضي الله عنها لما اعترض مروان بحديث فاطمة بنت قيس وانتقالها الى منزل ابن أم مكتوم لا يضر ك أن لا تذكر حديث فاطمة تريد أن حكم فاطمة غير حكم هذه لما اعتقدت أن فاطمة بنت قيس انما انتقلت لان منزلها كان غير مأمن واعتقد مروان انه انما جاز خروجها لما كان بينها وبين زوجها وذويه من الشر على ما روى عن سعيد بن المسيب ان فاطمة كانت لسنة فلذلك قال ان كان بك الشر فحسبك ما بين هذين ان أبلغ ذلك في قصة فاطمة بنت قيس هذين منه ما فيه كفاية وقد أنكر عبد الله بن عمر على بنت سعيد بن زيد انتقالها حين طلقها عبد الله بن عمر ويقتضى ذلك ان انتقالها كان لغير عذر والله أعلم (مسئلة) فاذا انتقلت لغير عذر فأراد الزوج أن ينقلها الى موضع وأرادت هي غيره ففي المدونة ان لم يكن على الزوج في ذلك ضرر من كثرة كراء ولا سكنى فالقول قولها ووجه ذلك انها التي تختص بالسكنى فاذا لم يكن على الزوج فيما تختاره ضرر لم يكن له صرفها عنه لان ذلك من وجه الاضرار بها ومقتضى ذلك أن عقد الكراء للزوجة وانما على الزوج أداء الكراء كسائر النفقات (مسئلة) وحكم المنزل الذي تنتقل اليه حكم الذي انتقلت منه من ملازمها حتى تنقضي عدتها فيه لانه بدل من الدار التي انتقلت عنها فكان حكمه حكمها (مسئلة) وليس للمرأة أن تنتقل من موضع عدتها بغير عذر فان انتقلت أجبرها السلطان على الرجوع لانه حق من حقوق الزوج والولد المرتقب وقد تغلظ حق الله تعالى فليس لاحد اسقاطه ص  مالكا عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من ادبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها  ش قوله طلق امرأته في مسكن حفصة يريد انه كان مسكنا في دار حفصة أو في دار

* وحدثنى عن مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان طريقه الى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من ادبار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها

فيه سكنى حفصة وكان ذلك المسكن طريق عبد الله بن عمر الى المسجد اما لان سكان تلك الدار
وأربابها بأحواله ذلك لان ذلك أرفق به أولانه كان له فيها الممر باستحقاق رقة الممر أو استحقاق
منفعة بين يدي تلك البيوت التي كانت تسكن في بعضها هذه المطلقة فلما طلق عبد الله بن عمر هذه
الزوجة واستحققت الاعتداد في ذلك المسكن ترك أن يمر بين يدي تلك البيوت وسلك الطريق
الأخرى من أديار البيوت وهذا يقتضي انه كان هناك طريقان أحدهما بين يدي تلك البيوت
والثانية من أديارها فكان يأخذ على طريق أديار البيوت لئلا يكشف على هذه المرأة المطلقة أو
يتكلف الاستئذان عليها لانه كان لا يستبج النظر اليها لكونها مطلقة وان كانت رجعية وقد اختلف
قول مالك في دخول المطلق على الزوجة الرجعية في المدونة قال مالك أو لا في المطلقة الرجعية لأبأس
أن يدخل عليها مطلقها وأبأس كل معها اذا كان معها من يتحفظ بها وقد زاد على هذا أبو حنيفة لأبأس
أن تزني به وان تنطيم ثم قال مالك لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها حتى يراجعها وهذا
الذي رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية انه لا يدخل عليها باذن ولا بغير اذن وبه قال الشافعي
والاوزاعي وجه القول الأول انها لم تحرم عليه وكان يجب على هذا الاصل أن يكون الاستمتاع بها
رجعة وان لم ينو ذلك والواقع النظر اليها والالتذاذ بها ممنوعا محظورا ووجه القول الثاني انها قد
حرم عليه الاستمتاع بها والتلذذ بشئ منها فلا يجوز له النظر اليها لان الطلاق قد أفاض تحرير ذلك
والا لم يكن له تأثير كالبائن وانما له فيها الرجعة وازالة التحريم بالرد الى الزوجة (فرع) فاذا قلنا
برواية المنع فليس للمطلق أن يتلذذ بشئ منها وان كان يريد الارتجاع قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه
على المنع فلا يجوز له شئ من ذلك الا بشرط تقديم الرجعة ولذلك لم تجز الصلاة الا بطهارة لم يجز
لمن يريد الصلاة أن يصلي حتى يتطهر (مسئلة) ولا يساكنها وان كان معها انتقل عنها ولا يكون
معها في موضع ينقل عليه وعليها سواء كانت رجعية أو بائة قاله مالك ووجه ذلك ان الاستمتاع بها
محرم فلم يجز أن يساكنها كالأجنبية ص **مالك عن يحيى بن سعيد بن سعيد بن المسيب سئل عن**
المرأة يطلقها زوجها وهي في بيت بكراء على من الكراء فقال سعيد بن المسيب على زوجها قال فان لم
يكن عند زوجها قال فعليا قال فان لم يكن عندها قال فعلى الأمير ش **سؤاله عن المرأة المطلقة في**
بيت بكراء يريد التي قد دخل بها زوجها وكان الطلاق رجعيا فقال سعيد الكراء على الزوج يريد
كراء العدة وأما كراء السكنى في مدة الزوجة فلا يسئل عن مثله لاتفاق الجميع على ان السكنى مدة
الزوجة على الزوج وأما في مدة العدة فان كان الطلاق رجعيا أو بائنا فالكراء على الزوج ولا خلاف
بين الفقهاء في الطلاق الرجعي وان اختلفوا في البائن والدليل على ما نقوله قوله تعالى أسكنوهن
من حيث سكنتم من وجدكم والأمر يقتضي الوجوب وانما خوطب بذلك من طلق وكان الاتفاق
والسكنى لازمين للزوج قبل الطلاق فلما أمر بالسكنى بعد الطلاق علم ان حكمه بعد الطلاق غير حكم
الاتفاق لان للزوجة اسقاط النفقة قبل الطلاق وبعده وليس لها اسقاط السكنى ولا نقله عن محله
وقد روى عن عمرو عبد الله بن مسعود ان المبتوتة لها النفقة مع السكنى روى ذلك عن ابراهيم عن
الأسود عن عمر رضي الله عنه قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة ولا يجز قول امرأة في دين
المسلمين وهذا قد روى عن ابراهيم انه قال المطلق ثلاثا لا يجبر على النفقة فلعن الذي روى عن عمر انما
أراد به الحامل ولذلك قال لاندع كتاب بناوسنة نبينا القول امرأة لاندرى أصدقت أم نسيت والذي
في كتاب الله تعالى للطلقة انما هو السكنى وأما النفقة فتختص بالحامل قال الله تعالى وان كن أولات

* وحدثنى عن مالك عن
يحيى بن سعيد أن سعيد
ابن المسيب سئل عن المرأة
يطلقها زوجها وهي في
بيت بكراء على من الكراء
فقال سعيد بن المسيب على
زوجها قال فان لم يكن
عند زوجها قال فعليا قال
فان لم يكن عندها قال
فعلى الأمير

حل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وقد ذهب طائفة الى أنها ليس لها سكنى ولا نفقة ومذهب مالك رحمه الله وجهه ورفقه الأماص ان لها السكنى دون النفقة والدليل على ذلك الآية المتقدمة اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وما روى من حديث فاطمة بنت قيس فانما وقعت المنازعة بينها وبين من أوصل اليها النفقة عن زوجها في النفقة خاصة لانها استغطت ما أنفذ اليها فقال لها صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وكانت بائنا وأمره أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم وهذا يقتضي ان السكنى تلزمها بسبب العدة ولو كان حاجة وضرورة لم يخص ذلك بالعدة لان تخصيصه هذه السكنى بالعدة يقتضي الانتقال عنه بعد العدة فنبت أنه سكنى تجب عليها ولها بالعدة (فصل) اذا ثبت ذلك فقوله فان لم يكن لزوجها مال فعليها ريد والله أعلم عليها كراء بقية مدة العدة ولا يكون لها أن تنتقل ان كان عندها ما تدفعه في كراء المسكن بين ذلك انه قال فان لم يكن عندها فعلى الأمير ولو لم يرد ذلك لقال فان لم يكن عند الزوج ذهب حيث شئت والله أعلم

﴿ ماجاء في نفقة المطلقة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعر فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حلت فاذا ذنيتي قالت فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم بن هشام خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال أنكحى أسامة بن زيد فسكحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به ﴿ ش قوله ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة تريد آخر طلاقه كانت ببيتها فيها وقد بين ذلك في رواية الزهري عن عبيد الله بن عبد الله ان أبا عمرو بن حفص أرسل امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقه كانت ببيت من طلاقها وقولها وهو غائب بالشام تريد غائبا عنها فأنفذ اليها طلاقها ثم ان وكيله أرسل اليها بشعر عن نفقتها فسخطته ولم ترض ذلك لما اعتقدت ان لها عليه النفقة فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها ليس لك نفقة وهذا بين في أن المطلقة المبتوتة غير الحائل لان نفقة لها خلافا لابي حنيفة والثوري في قولهما لكل مطلقة النفقة في العدة وان كانت مبتوتة حاملا والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس ليس لك نفقة ومن جهة المعنى انها بان بالطلاق فلم تجب النفقة كغير المدخول بها (مسئلة) وان كانت حاملا فلها النفقة قال الله تعالى وان كن أولات حل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وهذه رواية أبي سلمة بن عبد الرحمن وهي أصح من رواية أهل الكوفة الشعبي وغيره عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لان نفقة لك ولا سكنى وانما هو تأويل من روى ذلك أو روى عنه على المعنى دون لفظ الحديث لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد في بيت أم شريك أو عبد الله بن أم مكتوم وأبو سلمة بن عبد الرحمن نقل كل واحد من الحكمين على وجهين والله أعلم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم في أم شريك تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند ابن أم مكتوم

﴿ ماجاء في نفقة المطلقة ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل اليها وكيله بشعر فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند عبد الله بن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فاذا حلت فاذا ذنيتي قالت فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم بن هشام خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة بن زيد قالت فكرهته ثم قال انكحى أسامة بن زيد فسكحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به

يقتضي اختصاص هذه السكنى بمدة العدة وانها امر لازم لها وبدل من الاعتداد في بيت زوجها وقد روى أن ذلك كان لبذاء في لسانها وقد قال سعيد بن المسيب لما سأله ميمون بن مهران عن المطلقة ثلاثاً أن تعتد فقال في بيت زوجها فقال له ميمون فأين حديث فاطمة بنت قيس فقال له سعيد تلك امرأة فتنت الناس انها كانت لسنة قال القاضي أبو اسحق ان البذاء والشر العظيم بين المرأة وزوجها يقتضي اخراجها من مسكنه الى غيره وتعلق في ذلك بقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وهذا يقتضي أن من هذه الفاحشة المبيحة للخروج ما ليست بمبينة وليس كذلك الزنى في قول من قال ان الفاحشة الزنى لان أمر الزنى واحد اذا غابت الحشفة وجب الرجم والى هذا ذهب ابن عباس وقال الزنى الفاحشة كما يقولون أخرجت فرجت وانما الفاحشة النشور وسوء الخلق والله أعلم وقال القاضي أبو محمد اذا كثرت مثل هذا من النشور بينهما والأذى ولم يطمع في اصلاحه انتقلت المرأة الى مسكن غيره وقد روى ابن أبي الزناد عن عائشة رضي الله عنها في قصة فاطمة بنت أبي قيس انها كانت في مكان وحش تغيف على ناحيتها فلذلك ترخص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال القاضي أبو اسحق وهذا الذي رواه ابن أبي ذئب مما يبيح للمرأة اذا وقع أن تنتقل من ذلك الموضع الى غيره كما قيل في البدوية المعتدة انها تستوى مع أهلها حيث استووا في الجملة فان هذه الأقوال كلها تدل على أنه لا يباح لها الانتقال الا لعذر وان اختلفوا في تعيين العذر والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله رجل أعمى تضعين ثيابك عنده يقتضي انه يشق على المرأة القعود على حالة يباح للناس النظر اليها معها وانه لا يجوز لها الخروج عنها مع نظر الناس اليها والمكفوف الأعمى لا ينظر اليها فلا حرج في ترك ستر شعرها وغير ذلك مما لا يباح للرجل أن ينظر اليه من غير ذي محرمه ويقتضي ذلك انه ليس على النساء حرج في النظر الى الرجل على غالب أحواله التي يكون عليها جالساً ومتمصراً بين الناس لأنه انما راعى صلى الله عليه وسلم إزالة الحرج عنها في التستر لكونه أعمى وكانت هي بصيرة فلم ينكر نظرها اليه وقدر وى نهان مولى أم سامة عن أم سامة كنت أنا وميمونة جالستين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذن عليه ابن أم مكتوم الأعمى فقال احتجبا منه فقلنا يا رسول الله أليس بأعمى لا يبصرنا فقال أفعميا وان أتبا غير ان نهان مولى أم سامة غير معروف ولم ير وعنه غير هذا الحديث وحديث آخر وحديث فاطمة صحیح وروى عنه حديث آخر منكر أيضاً وروى عن أم سامة عن النبي صلى الله عليه وسلم في المسكن اذا كان عنده ما يؤدبه في كتابته احتجبت منه سيدته وعلى انه قد قال أبو داود السخني في حديث نهان خاص لأزواج النبي صلى الله عليه وسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس اعتدي عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده والأظهر عندى أن الحديث غير ثابت ويحتمل أن يكون ذلك للضرورة مع كونه ممنوعاً عما عدها ويحتمل أن يكون ذلك لأن الرجل له عورة مخصوصة فاذا سترها لم يحرم النظر اليه وجميع المرأة عورة الا وجهها وكفها فاذا كشفت بعض ذلك ولم يكن ثم من ينظر اليها جاز لها ذلك ولم يحجر في موضع يكون فيه من ينظر اليها لأنه ناظر الى عورة منها والوجه والكفان وان قلنا ليس بعورة منها فانه لا يجوز لأجنبي النظر اليها الا على وجه مخصوص فحكم المنع متعلق بها والاباحة مختصة بها في حكم الأجنبي فذلك منها بجميع جسد الرجل خلا ما يوصف بالعورة منه على وجه التغليظ والتخفيف فيجوز للمرأة أن تنظر اليه على وجهه ما وأما قوله تعالى قل للمؤمنات يغضضن من

أبصارهن ويحفظن فروجهن فيحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن العورات ويحتمل أن يريد به غض أبصارهن عن النظر على وجه مخصوص من الالتذاذ بالنظر إلى الأجنبي والله أعلم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فإذا حلت فأذني يريدا إذا انقضت عدتك فأعلميني قال ابن وضاح فيه التعريض بالخطبة في العدة فلما انقضت عدتها أعلمته أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم ابن هشام خطباها وهو أبوجهم بن حذيفة بن غاتم العدوي وأبوجهم بن هشام انفرد به يحيى بن يحيى وهو وهم والله أعلم ويحتمل أن يكون ذلك عند انقضاء عدتها وقوله صلى الله عليه وسلم أما أبوجهم فلا يضيع عصاه عن عاتقه يحتمل أن يريد أن فيه شدة على النساء وكثرة تأديب وهذا اللفظ وإن كان لا بد أن يضع عصاه عن عاتقه وقت نموه وأكله فصحيح على مقاصد العرب في كلامها لأنه لم يرد بذلك إلا المبالغة في وصفه بما هو عليه من ذلك

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وأما معاوية فصعلوك لا مال له وراعى في ذلك حاجة النساء إلى المال يكون عند الزوج لما هن عليه من النفقة والكسوة وغير ذلك ويحتمل أن تكون أو ردت ذلك على سبيل المشورة وتفويض الاختيار إليه فنصحها وذكر لها ما علم من حال كل واحد منهما مما تحتاج هي إلى معرفته لتعلق ذلك بمنافعها ومضارها وفعل ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لما يجب عليه من النصيحة للنساء والرجال وأهل الحاجة والضعف قال ابن وضاح في قوله صلى الله عليه وسلم إنكحى أسامة بن زيد فيه إنكح الموالى القرشيات لأن فاطمة بنت قيس قرشية وأسامة بن زيد مولى وجاهله ذلك ولم يره من الخطبة على الخطبة لما لم يوجد ركون إلى واحد منهما ولا تسمية صداق يدل على أنها لم تكن إلى أحدهما إنما اتخذ كرتان معاوية وأباجهم خطباها ولم تذكر ركونا إلى أحدهما ولو كان منهار كون إلى أحدهما لذكرته دون الآخر وهذه حاله تجوز فيها الخطبة على خطبة غيره فخطبها لأسامة بن زيد

(فصل) وقولها فكرهته تريد أنها كرهت نكاحه لمعنى من المعانى ولعلها كرهت ذلك لكونه من الموالى وكانت العرب تكره ذلك وترفع عنه فأعاد عليها النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح أسامة بن زيد لما علم في ذلك من المصلحة لها ولما أراد أن يبين من جواز إنكاح القرشيات الموالى قالت فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا كثيرا واغتبطت به تريد أنها عرفت حسن العاقبة في اتباع رأى النبي صلى الله عليه وسلم ونكاحها أسامة بن زيد وإن كانت كرهته أولا وقد قال الله تعالى فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا ص * مالك أنه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الأمر عندنا * ش قوله المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل على ما قدمناه من وجوب السكنى لها وقد قال تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وقال بعض شيوخنا إن ذلك في الرجعية لقوله تعالى في آخر الآية لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا وأن قوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم في البائثات لقوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وذلك أنه خصص النفقة عليهن بالحمل والرجعيات لهن النفقة وإن لم يكن حوامل والله أعلم وأحكم

* وحدثنى عن مالك أنه سمع ابن شهاب يقول المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل وليست لها نفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها قال مالك وهذا الأمر عندنا

﴿ ما جاء في عدة الامة من طلاق زوجها ﴾

﴿ ما جاء في عدة الامة

من طلاق زوجها ﴾

﴿ قال مالك الأمر عندنا

في طلاق العبد الامة اذا

طلقها وهي امة ثم عتقت

بعد فعدة الامة لا

يغير عدتها عتقها كانت

له عليها رجعة أو لم تكن

له عليها رجعة لا تنتقل

عدتها ﴾ قال مالك ومثل

ذلك الحديق على العبد

ثم يعتق بعد أن يقع عليه

الحد فاما حده حد عبد

﴿ قال مالك والحري يطلق

الامة ثلاثا وتعتد بحيضتين

والعبد يطلق الحرة

تطليقتين وتعتد ثلاثة

قروء ﴾ قال مالك في

الرجل تكون تحته الامة

ثم يبتاعها فيعتقها انها تعتد

عدة الامة حيضتين ما لم

يصها فان أصابها بعد ملكه

اياها قبل اعتاقها لم يكن

عليها الا الاستبراء بحيضة

ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا في طلاق العبد الامة اذا طلقها وهي امة ثم عتقت بعد فعدة الامة لا يغير عدتها عتقها كانت له عليها رجعة أو لم تكن له عليها رجعة لا تنتقل عدتها ﴾ قال مالك ومثل ذلك الحديق على العبد ثم يعتق بعد أن يقع عليه الحد فاما حده حد عبد ﴿ ش وهذا على ما قال ان عتق الامة في العدة لا يغير عدتها وسواء كان طلاقا ثانيا أو رجعيا فانها تهادي على عدة الامة وذلك انما يراعى في عدتها وقت وجوبها الوقوع الطلاق عليها فلا يغير حكمها ما طرأ بعد ذلك عليها كالحديج عليها من زنا أو قذف أو شرب خمر يجب عليها وهي امة ثم تعتق فانها لا يغير عتقها ما وجب عليها من الحد ولا يستوفي منها الا حدة واحدة وقرق بين ذلك وبين الامة يطلقها زوجها طلاقا رجعيا ثم تعتق في العدة ثم يموت زوجها فانها تنتقل الى عدة الوفاة عدة الحرة ولو كان طلاقا بائنا لم تنتقل الى عدة وفاة والفرق بينهما ان عدة الوفاة تلزمها في الطلاق الرجعي لانها حكم من أحكام الزوجة كالتوارث والحد والطلاق والظهار وغير ذلك وهي باقية بينهما في الطلاق الرجعي دون البائن وانما وجبت عليها عدة الوفاة وهي حرة فتلزمها عدة الحرة وليس كذلك الامة المطلقة فانه قد وجب عليها العدة بالطلاق ولم يجب عليها عدة بالعتق فلذلك لم تنتقل الى عدة الحرة والله أعلم وقال الشافعي تنتقل الى عدة الحرة اذا كان الطلاق رجعيا واختلف قول أبي حنيفة في الطلاق البائن فقال لا تنتقل الى عدة الحرة وقال أيضا تنتقل وقال الطحاوي والقياس والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما تقدمناه (مسئلة) ولومات عن الامة زوجها ثم عتقت لم تنتقل الى عدة الحرة لان العدة تلزمها وهي امة بوجه قال أبو حنيفة وقال الشافعي تنتقل في الطلاق الرجعي والدليل على ما نقلوه أن العدة يلزم تمامها على الصفة التي وجبت عليها ولا يؤثر ذلك في عتقها ص ﴿ قال مالك والحري يطلق الامة ثلاثا وتعتد بحيضتين والعبد يطلق الحرة تطليقتين وتعتد ثلاثة قروء ﴾ وهذا على حسب ما قال ان الحرة في الامة ثلاث تطليقات لان الطلاق والاعتداد بالاقرار يعتبر فيهما الرق والحرة فيعتبر الطلاق بحال الرجال لانه حكم من أحكامهم وتعتبر الاقرار بحال النساء لان الانراء مختصة بهن موجودة فيهن وقال أبو حنيفة الطلاق معتبر بالنساء فقط لان الحرة ثلاث تطليقات وان كان زوجها عبدا وطلاق الامة تطليقتين وان كان زوجها حرا وتقدم الكلام في ذلك بما يغني عن اعادته ص ﴿ قال مالك في الرجل تكون تحته الامة ثم يبتاعها فيعتقها انها تعتد عدة الامة حيضتين ما لم يصها فان أصابها بعد ملكه اياها قبل اعتاقها لم يكن عليها الا الاستبراء بحيضة ﴿ ش قوله تكون عنده الامة ثم يبتاعها فتقدم ان ملك اليمين يوجب فسخ النكاح لانه أقوى لاشتماله على الرقبة والمنافع فن اشترى زوجته فقد انسخ النكاح وحلت له بهلك اليمين فان اشترىها قبل أن يدخل بها ثم أعتقها فهذه لعدة عليها لان الفرقة وقعت قبل البناء ولكنه اذا أعتقها تستبرأ بحيضة لان عقد ملك اليمين يبطل عقد النكاح واذا بطل لم يبق لعقد النكاح حكم في العدة لعدم البناء والله أعلم (مسئلة) فان اشترىها بعد ان دخل بها فاعتقها قبل أن يمسه اعتدت عدة الامة قرآن على حسب ما وجبت عليها العدة حين الفسخ ولا تغير عدتها بعتقها هذا قول مالك وأصحابه وقال الكوفيون تعتد بثلاثة أقراء وقد تقدم الكلام فيه (فصل) وقوله فان أصابها بعد الملك وقبل العتق فليس عليها الا الاستبراء وذلك ان عقد الملك يهدم

حكم عقد النكاح ووطء الملك يهدم حكم الوطء بالنكاح فيكون بمنزلة من أعتق أمة ووطئها فليس عليها إلا أن تستبرأ بحيضة أو ما يقوم مقامها من الشهور والله أعلم (مسئلة) ولو طلقها واحدة فاشتراها قبل أن تنقضي عدتها ثم أعتقها فقد قال مالك ولو باعها كان على المشتري أن يستبرأ بحيضتين لأنها عدة يريدها باعها أو أعتقها قبل أن يمسه بملك اليمين وانما يستبرأ بحيضتين إذا كان يبيعها إياها قبل أن تحيض حيضة بعد طلاقها أو باعها ولو كانت قد حاضت حيضة واحدة قاله مالك وهذه الحيضة حكم العدة لأن بها تتم عدتها والله أعلم (مسئلة) ولو اشترىها بعد أن انقضت عدتها منه ثم باعها فإن المشتري لا يستبرأ إلا بحيضة لأنه لا يلزمها عدة وعدة الطلاق قد انقضت واستبراء الاماء انما يكون بحيضة خرجت إلى ملك أو حرية والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى مكاتب زوجته فبعجز فرجع رقيقا فأخذها السيد فإن مالكا قال ان المكاتب لم يوطأها بعد ان اشتراها فعدتها حيضة ثم رجع فقال أحب إلى أن تكون حيضتين قال وتعد لأن كل فسخس يكون في النكاح ففيه مثل عدة الطلاق ولو وطئها المكاتب بعد ما اشتراها الصارت إلى الاستبراء وبطلت عدة النكاح لأنها وطئت بملك اليمين (مسئلة) وهذا إذا كانت ممن تعد بالاقراء قال كانت ممن تعد بالشهور لصغر أو كبر فعدتها من الطلاق ثلاثة أشهر هذا قول مالك وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة وجهه وأهل المدينة وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري والنخعي وقال أبو حنيفة والشافعي عدتها شهر ونصف وقال الزهري وعطاء عدتها شهران والدليل على ما نقوله أن الأشهر بدل من الاقراء فلم يختلف بكثرة الاقراء وقتها كالتيم الذي هو بدل من الغسل والوضوء فلم يختلف في الطهارة الكبرى والصغرى

﴿ جامع عدة الطلاق ﴾

ص ﴿مالك عن يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعها حيضتها فاتها تنتظر تسعة أشهر فإن بان بها حمل فذلك والاعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت ﴿ش وقوله في التي تحيض في عدتها ثم رفعها حيضتها تنتظر تسعة أشهر هو قول عامة أصحابنا على الاطلاق غير ابن نافع فإنه قال ان كانت ممن تحيض فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعها حيضتها فاتها تنتظر خمس سنين أقصى أمد الحمل وان كانت يائسة من المحيض اعتدت بالسنة تسعة أشهر ثم ثلاثة أشهر قال سحنون وأصحابنا لا يفرقون بينهما وما قاله الجمهور أولى لأن التسعة أشهر هي أمد الحمل المعتاد (مسئلة) المعتدة من الطلاق على ضربين حائض وغير حائض فأما الحائض فهي التي قد رأت الحيض ولو مرة في عمرها ثم لم تبلغ سن اليأس منها فهذا إذا طلقت فحكمها أن تعد بالاقراء فإن لم تحيض انتظرت تسعة أشهر وهذا مذهب عمرو بن دينار قال ابن عباس والحسن البصري وقال أبو حنيفة والشافعي تنتظر الحيض أبدا والدليل على ما نقوله ان هذا إجماع الصحابة لأنه روي عن عمر وابن عباس وليس في الصحابة مخالف ومن جهة المعنى ان التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد فالغالب أن يظهر بها حمل ان كان بها أو تحقق المرأة علاماته وتحبس به فإذا سامت من ذلك كله فالظاهر سلامتها من الحمل اذا لم توجد مناربه غير ارتفاع الحيض وقد يرفع كثيرا من غير حمل فلا يدل ارتفاعه على الحمل فاذا انقضت التسعة ولا خمس شيئا اعتدت بثلاثة أشهر قال مالك وأصحابه وأكثر من قول أشهب لأن لها حينئذ حكم اليائسة من المحيض ومعنى ذلك انه لما وقع التربص بالتسعة أشهر وعدم

﴿ جامع عدة الطلاق ﴾

﴿ حديثي يحيى عن مالك

عن يحيى بن سعيد وعن

يزيد بن عبد الله بن قسيط

الليثي عن سعيد بن المسيب

انه قال قال عمر بن الخطاب

أيما امرأة طلقت فحاضت

حيضة أو حيضتين ثم رفعها

حيضتها فاتها تنتظر تسعة

أشهر فإن بان بها حمل فذلك

والاعتدت بعد التسعة

أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت

الحيض والجل حكما لها يحكم من تعبد بالشهور وفصار ذلك حكما كاليائسة لما ارتفع حيضها وصارت ممن لا تحيض تعبد بثلاثة أشهر إلا أن اليائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره لم يحتاج إلى اعتبار تسعة أشهر وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها رتبة لم تنتقل عنه إلا بعد الاستبراء والاستقصاء والله أعلم (مسئلة) وإذا حلت المرأة بالسنه ثم تزوجت ثم طلقت فقدرى ابن الموز عن مالك وأصحابه قالوا أكثرهم شيوخ أشهب أن عدتها ثلاثة أشهر فى الطلاق حرة كانت أو أمة لأنها اعتدت بالشهور مدة فصار لها حكم اليائسة إلا أن يعاودها الحيض ولو مرة فترجع إلى الحيض إن عمادى بها والاستبراء أو العدة أن انقطع عنها (مسئلة) فإن كانت ممن لا تحيض فلا يخلو أن تكون ممن لم تحض قبل وقد قال سحنون قول مالك وأصحابه أن عدة التي لم تبلغ حد الحيض والتي بلغت ولم تحض وإن بلغت ثلاثين سنة أو أكثر ثلاثة أشهر وكذلك عدة اليائسة من المحيض وهى التي بلغت سنا كل من بلغت من النساء لم تحض قال بعض أصحاب مالك ولا تنقص منه الأمة ووجه ذلك أن الله تعالى قال واللذين يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللذين لم ينجضن قال مالك إن ارتبتم فعدتهن وقد أنكر ذلك بعض الناس وقالوا لو أراد ذلك لقال أن ارتبتم بالفتح لأن الارتياح ماض وانما يتعلق أن المكسورة بالاستقبال والارتياح قد عدم بتعدد وجود النص وهذا الذى قاله ليس بصحيح لأن الارتياح لمن لا يعلم حكم الآية ولمن لا يقرؤها ثابت إلى يوم القيامة وقد قال بعض أصحابنا أن معنى إن ارتبتم إذا ارتبتم ويحتمل أن يريد بذلك أن ارتبتم فى التأويل على أن العرب تستعمل هذا اللفظ على معنى التنبيه على الدليل فتقول إن ارتبتم فى كذا مع ظهوره ووضوحه فوجب أن يمنعك من الارتياح أمر كذا قال الله تعالى فإن كنت فى شك مما أنزلنا اليك فاسأل الذين يقرؤن الكتاب من قبلك ومعنى ذلك نفي الشك والارتياح عن مثل هذا لوضوحه وظهور أدلته ووجه آخر وهو أن يكون إن ارتبتم الآن فإنه يجب أن يقطع الارتياح هذا النص وهذا اللفظ يستعمل بمعنى الحال ولذلك يقول إن شئت لأن فعلت كذا وقد يستعمل بمعنى المضى فتقول إن كنت تشك فى كذا فخكمه كذا وهذا بين واضح والأول أظهر ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول الطلاق للرجل والعدة للنساء * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال عدة المستحاضة سنة * ش قوله رضى الله عنه عدة المستحاضة سنة يريد أنها تقيم سنة وقدرى ابن الموز أن مالك أنه قال عدة المستحاضة فى الطلاق سنة كالمرة ثبته تسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عدة حرة كانت أو أمة أو كناية فعلى هذا يتناول قول سعيد فى أن التسعة الأشهر استبراء والثلاثة الأشهر عدة ولذلك استوى فيها حكم الحرة والأمة لأن العدة بالأشهر لا يختلفان فيها إلا ناهبدا من الحيض الذى يختلفان فيه على ما تقدم والله أعلم (مسئلة) وهذا إذا كانت الحائض لا يميز دما واتصل ذلك بها فى جميع العام فإن تغير حكمها فلا يخلو أن تنتقل إلى حيض أو إلى انقطاع دم فإن انتقلت إلى حيض بطل حكم الاستحاضة فاعتدت بالأقراء قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك أنه نوع من الرتبة لأن المستحاضة لا قرء لها تبرأ به فكانت مرتبة كالتى لا ترى الدم فإذا شرعت فى عدة المرتبة ثم رأت الحيض انتقلت عن حكم الارتياح إلى العدة بالأقراء (فرع) وإنما يعرف الحيض بان ينقطع عنها الدم ثم تستقبل الحيض فامع اتصال الدم بان ترى دما لا تشك فيه أنه دم حيض لونه ولذاعته فقد قال أصبغ إذا رأت دما لا تشك أنه دم حيض تركت الصلاة فيه وانما طلقها أجره على الارتجاع وتغتسل بانقطاع هذا الدم الجديد ولا تعتد به من طلاق وعدتها السنة

* وحدثني عن مالك عن
يحيى بن سعيد عن سعيد
ابن المسيب أنه كان يقول
الطلاق للرجال والعدة
للنساء * وحدثني عن
مالك عن ابن شهاب عن
سعيد بن المسيب أنه قال
عدة المستحاضة سنة

وكذلك ان رأت كثرته فقد قال مالك في الموازية بما عرفت اقبال الحيض بكثرة الدم وادبار به بقلته
ولكن عدتها سنة لا تومن ان ذلك كذلك ومعنى ذلك انها تحقق انه دم حيض بالكثرة
والقلة والله أعلم (مسئلة) فاذا طلقت مستحاضة فانقطع عنها الدم ثم رأت بعده طهرًا كاملاً ثم
حيضها فانها تنقل الى حكم الاقراء وان كانت مستحاضة ستة أشهر ثم انقطع عنها الدم ستة أشهر
قال أصبغ فحدث وكذلك لو لم ترد ما من يوم الطلاق ستة أشهر ثم استحاضت فبتمام السنة من يوم
الطلاق تحل الا أن تحس حركة فتقيم الى أن تنفس أو تضع أو تنقضي مدة الحمل ومعنى ذلك والله
أعلم ان لما كانت الاستحاضة رية وارتفاع الحيضة رية لفق، منهما العام الذي هو مدة اعتداد المرأة
وهذا في تقدم الاستحاضة فاما في تأخرها ففيه نظر وذلك ان الاستحاضة لا تكون الا بعد حيض فاذا
وجد الحيض بطل حكم الريبة بارتفاع الحيض واعتدت بالاقراء فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض من
الاستحاضة الى ما قبله من الشهور كما يضاف ما بعد الحيض من الشهور الى ما قبله والله أعلم وقال ابن
القائم تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة ووجه ذلك ان
الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم فلا يلفق بعض ذلك الى بعض ولان عدة المسترابة يجب أن
تكون من جنس ما ترتفع بربيتها فاذا زالت ربتها بالاستحاضة تسعة أشهر ثم انقطع عنها الدم لم
يصلح أن تكون عدتها بارتفاع الدم لانه من غير جنس ما زالت بربيتها وهذه رية أخرى طارئة
فيجب أن تقيم تسعة أشهر ليتبين معنى هذه الريبة ثم تعد عدة من جنسها والله أعلم ص **قال**
مالك الأمر عندنا في المطلقة التي ترفعها حيضها حين يطلقها زوجها أنها
تحتض فيهن تسعة أشهر فان لم
تحتض فيهن اعتدت ثلاثة
أشهر فان حاضت قبل أن
تستكمل الأشهر الثلاثة
استقبلت الحيض فان
مرت بها تسعة أشهر قبل
أن تحيض اعتدت ثلاثة
أشهر فان حاضت الثانية
قبل أن تستكمل الأشهر
الثلاثة استقبلت الحيض
وان مرت بها تسعة أشهر
قبل أن تحيض اعتدت
ثلاثة أشهر فان حاضت
الثالثة كانت قد استكملت

قال مالك الأمر عندنا في
المطلقة التي ترفعها حيضها
حين يطلقها زوجها أنها
تحتض تسعة أشهر فان لم
تحتض فيهن اعتدت ثلاثة
أشهر فان حاضت قبل أن
تستكمل الأشهر الثلاثة
استقبلت الحيض فان
مرت بها تسعة أشهر قبل
أن تحيض اعتدت ثلاثة
أشهر فان حاضت الثانية
قبل أن تستكمل الأشهر
الثلاثة استقبلت الحيض
وان مرت بها تسعة أشهر
قبل أن تحيض اعتدت
ثلاثة أشهر فان حاضت
الثالثة كانت قد استكملت
عدة الحيض فان لم تحتض
استقبلت ثلاثة أشهر ثم
حلت ولزوجها عليها في
ذلك الرجعة قبل أن تحل
الا أن يكون قد بت طلاقها

(فصل) فان حاضت قبل التسعة أشهر أو بعد انقضاءها وقبل الثلاثة الأشهر بطل حكم الشهور
واستأنفت الاعتداد بالاغراء فان جرت اقراءها الى العادة انقضت عدتها بثلاثة اقراء وان ارتفعت
حيضها بعد تلك الحيضة الاولى فان اتصلت لها بتسعة أشهر من يوم طهرت منها لم ترفعها دم حيض ألغت
ما تقدم من عدتها بالحيضة والأشهر التي تقدمتها واستأنفت الاستبراء من يوم طهرها من تلك الحيضة
فاذا كملت مدة الاستبراء اعتدت بثلاثة أشهر ثم ان رأت حيضة ثانية قبل انقضاء العدة بالشهور
ألغت ذلك كله واعتدت بهذه الحيضة وبالحيضة الاولى حيضتين من عدتها ثم ان ارتفعت حيضتها
الثالثة استأنفت الاستبراء بتسعة أشهر من يوم طهرت من الحيضة الثانية فان لم تر في مدة الاستبراء
حيضاً اعتدت بعدة بثلاثة أشهر فتأنق الحيض وان تخللته الريبة ولا تلفق مدة الاستبراء بل تلتق كل

ماتقدم منها اذا كان بعدها حيض لانه استبراء فتجدد ليرة مجردة فلذلك لا يصح فيه التلقيح والحيض ليس بريبة بل ينفي الريبة فلذلك لفق بعضه الى بعض (فرع) وهذا اذا كان الحيض فان رأت الدم يوماً أو يومين أو مالا يكون حيضاً فقد قال أصبغ في المطلقة تسترأب فترى في السنة دماً أو مالا يكون حيضاً انتظرت سنة من يوم الطلاق يعني ان ذلك الدم لا يعتد به ولا يهدم ماتقدم من الاستبراء لان مالا يعتد به لا يهدم الاستبراء ولا يبطل حكمه

(فصل) وقوله وزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل يردان في طول مدد الاستبراء والعدد والحيض له الرجعة وأن يكون ذلك لا يقطع ما كان له من الرجعة ولا ينقطع ذلك إلا بان تحل للزوج واج يحكم بانقضاء عدتها الآن يكون طلاقاً باتاً فلا تكون له الرجعة لأن البت ينفي الرجعة ص قال مالك السنة عندنا أن الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسهما انها لا تبني على ما مضى من عدتها وانها تستأنف من يوم طلاقها عدة مستقبله وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجة له بها ش قوله فبين طلق امرأته ثم ارتجع ثم فارق قبل أن يمسهما انها تستأنف العدة ولا تبني على ما مضى يرد أن الرجعة تهدم العدة لان حكم الزوجية ينفي حكم العدة فاذا ثبتت الرجعة بطلت العدة فاذا وقع بعد ذلك طلاق استأنفت العدة لانها مدخول بها لم يستبرأ رجها بانقضاء عدتها فلزمت العدة ولم يصح البناء على ماتقدم لما قد مناه من ابطال الرجعة العدة فلزم ابتداء العدة من يوم الطلاق الثاني

(فصل) وقوله وقد ظلم نفسه وأخطأ أن كان ارتجعها ولا حاجة له بها يردانه زال ملكه عن طلاق غنياعن ازالته ورماد عته الضرورة بعد وقت اليه وأخطأ حين ارتجع من لا حاجة له بالان مقصود الرجعة الجماع مع ما حصل في ذلك من تطويل العدة عليها وظلم المرأة بذلك مع عدم انتفاعه به ويحتل أن يرد به قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف وهو الامساك على وجه الزوجية ومقصوده وقوله أو سرحوهن بمعروف يريد والله أعلم طلاق السنة ثم قال تعالى ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا يريد والله أعلم أن يرتجعها ولا حاجة له بها ثم قال تعالى ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه والرجعة تكون على وجهين أحدهما أن يطلقها طلاقاً أو طلقين ثم لا يرتجعها حتى تنقضي عدتها ثم يرتجها أو يطلقها ثلاثاً ثم تزوج زوجاً غيره فيطلقها الزوج الثاني ثم يرتجها الاول فان ذلك يسمى ارتجاعاً قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها فلا جناح عليهم أن يرتجاعا ان طلقها فمأثراً أن يقيها حدود الله فسمى تزويجها بعد زوج ارتجاعاً والثاني من وجهين الرجعة هو المستعمل عند الفقهاء وهو أن يطلقها طلاقاً أو طلقين ثم يرتجعها قبل انقضاء عدتها من غير اعتبار رضاها ولا رضا وليها ولا صداق لها لانه أملك بها مادامت في عدتها (مسألة) وهذا الارتجاع الاصل فيه قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وقوله تعالى فامسكوا الامساك الرجعة وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ولا خلاف في صحة وقوعه بالقول فأما بالنفل نحو الجماع أو القبلة قال القاضي أبو محمد يصح بها وبسائر الاستمتاع للذة قال ابن المواز ومثل الجسة للذة أو ينظر الى فرجها وما قرب ذلك من محاسنها اذا أراد بذلك الرجعة خلافاً للشافعي في قوله لا تصح الرجعة الا بالقول والدليل على ما نقوله ان هذه مدة تتعلق بقول الزوج له رفعها من غير عقد فوجب أن يصح رفعها من غير قول بالوطء كمدة الايلاء (مسألة) ولا يكون بشئ من ذلك

قال مالك السنة عندنا ان الرجل اذا طلق امرأته وله عليها رجعة فاعتدت بعض عدتها ثم ارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسهما انها لا تبني على ما مضى من عدتها وانها تستأنف من يوم طلقها عدة مستقبله وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ ان كان ارتجعها ولا حاجة له بها

رجعة الاذا نوى بها الرجعة خلافا لابي حنيفة في قوله تكون رجعة بمجرد قوله والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم انما الأعمال بالنيات وانما الامرى ما نوى ومن جهة المعنى انه معنى يصح للوطء فلم يصح الامع النية والعقد كالتلفظ بعقد النكاح والرجعة (فرع) فان وطئ في العدة لا ينوى الرجعة فله أن يراجع في العدة ولا يبطأ حتى يستبرأ من ذلك الماء قاله مالك قال ابن القاسم فان انقضت عدتها لم ينكحها ولا غيره في بقية أمد الاستبراء فان فعل فسخ نكاحه ولا يتأبدتحرر بها عليه كما يتأبدتحرر بها على غيره لان الماء ماؤه (فرع) ولا صداق عليه ان وطئ في العدة لا يريد الرجعة خلافا للشافعي لانه لو ارجعها لم يكن عليه مهر فلا يكون الوطء دون الرجعة أولى بالمهر من الرجعة (مسألة) ولا يقع الرجعة بمجرد النية دون فعل ولا قول رواه ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب فان نوى به الرجعة ثم فعل بعد ذلك في العدة شيئا مما ذكرناه من الاستمتاع قال محمد بن المواز ان كان فعل ذلك بما كان نوى من الرجعة ولم يجد دنية فهي رجعة لان فعله ذلك لرجعته التي كان نواها مثل تجديد النية فذلك يجزئه (مسألة) فان أشهد في العدة انه وطئ أو استمتع ثم قال بعد انقضاء العدة نويت بذلك الاستمتاع الرجعة فقد روى ابن المواز عن أشهب انه اذا أقر في العدة انه وطئ أو قبل أو باشر ثم ادعى بعد العدة انه أراد بذلك الرجعة فهو مصدق ولو أقر في العدة انه خلاها ثم ادعى بعد العدة الرجعة بذلك لم يكن ذلك رجعة حتى يكون مقامه عندها ودخوله وخروجه معروفا بغير اقراره فيصدق فيما يدعى من أنه ارجع في العدة ففرق بين اقراره بالخلو و اقراره بالوطء أن الخلو لا تكون رجعة وان نوى بها الرجعة والوطء مع نية الرجعة يكون رجعة فلذلك افرقا والله أعلم (مسألة) ومن قال لغير مدخول بها ان وطئت فأنت طالق فوطئها روى ابن سحنون عن أبيه هي طالق باليمين وله الرجعة ان نوى ببقية وطئه الرجعة فهي رجعة والالم يحل له التماذى على الوطء خلافا لأبي حنيفة لانها جارية الى بينونة كالكتيبة اذا أسمت بعد بناء زوجها وان هذا مبني على أنه لا يكون له رجعة اذا عزم من النية واذا لم تكن رجعة كان ممنوعا والا كانت غير مطلقة وتضمن هذه المسئلة فصلا آخر وهو ان ابتداء الوطء مباح له وهو مقدار ما يقع به الحنث (مسألة) اذا ثبت ذلك فالمطلقة اذا لم يكن في منزلها الا بيت واحد أخرج عنها الزوج ولا يكون معها في حجرة تنفلق عليه وعليها والمبتوتة والرجعية في ذلك سواء قاله مالك في المدونة ومعنى ذلك ان المساواة بين الطلقتين بين لما قدمناه وهذا مبني على القول الذي رجع اليه مالك قال ولو كانت دارا جامعة فلا بأس أن يكون هو في بيت وهي في بيت آخر ومعنى ذلك أن تكون الدار الجامعة يسكنها جماعة كل واحد منهم ينفرد بمسكنه فلا بأس أن يسكن الزوج في مسكن ينزله به كما تنفرد الزوجة بمسكنها وهذا حكم الأجنبي والله أعلم (مسألة) والرجعة انما تكون في المطلقة المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا رجعة له عليها وهذا اذا تصادق على الاصابة فان ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فقد تقدم ذكر ذلك ولو اتفقا على انكار الوطء فعلها العدة ولا رجعة له عليها لانها لا يصدقان على نفى النسب واسقاط حق من حقوق الله في العدة (مسألة) فان دخل بها في حال حيضها فلما طهرت طلقها لا رجعة له عليها رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك ان الوطء ممنوع حال الحيض فلا يصدق فيما يدعى من ذلك بعد الطلاق لا حراز الرجعة (مسألة) واذا راجع المطلقة فاجابته قد أسقطت مضغة قال مالك هي مصدقة ووجه ذلك انها مؤتمنة وذلك يقتضى بصديقها فيما يمكن اذا ارجعته عند قوله أو عند بلوغ ذلك اليها فان قال لها ذلك اليوم فقالت من الغد قد كنت

أسقطت مضغة فلا قول لها بخلاف جوابها في الوقت ووجه ذلك أن بصرها قد صدقته فثبت لها الرجعة فليس لها بعد ذلك أن تبطل ما قد صرح له من الرجعة كصمت اليتيمة البكر في النكاح يثبت عليها عقد النكاح فليس لها أن تبطله بعد ذلك بدعوى الكراهية وعدم الرضا (مسئلة) فان اجابته اني قد حضت ثلاث حيض قال أشهب تصدق في الاولى ثم يحسب ما بقى للحيضتين فأشبه صدقت فيه بغير يمين وان لم يشبه ذلك ثبتت رجعته ووجه ذلك ان الحيضة الاولى يصح أن تحيضها اثر الطلاق وذلك اذا لم يتقدم من اقرارها قبل ذلك من قرب الحيضة التي قبلها ما يمنع ذلك فلذلك لم تحتج في تصديقها في الحيضة الاولى الى حساب واحتيج الى ذلك في الحيضتين الباقيتين فان للحيض والطهر مقادير قدرها الشرع فينظر الى أقل ما يكون من ذلك صدقت فيه وان ادعت ما لا يصح فيه ذلك لم تصدق ولزمتها الرجعة والله أعلم ص * قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بهامادامت في عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها وان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وانما فسخها ان اسلامها لا يقع به الفسخ وانما يقع به منعه من الاستمتاع بها وانما يقع فسخ النكاح بانقضاء عدتها ودعوى دينه لم ينتقل الى دين الاسلام ولو وقع فسخ النكاح باسلامها لم يكن أحق بها ان أسلم في عدتها لان تقدم فسخ النكاح بوجوب ذلك كالمرأة تشتري زوجها فانه يقع الفسخ بتعيين الشراء ثم ان اعتقته أو باعته قبل انقضاء عدتها لم تكن أملاكها ولا سبيل له اليها الا بنكاح جديد

* ماجاء في الحكمين *

ص * مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب قال في الحكمين الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان علما خيرا ان اليهما بالفرقة بينهما والاجتماع * قال مالك وذلك أحسن ماسمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع * ش قول علي رضي الله عنه ذكرانه في شأن عقيل بن أبي طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث في أمرهما عثمان بن عفان عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبي سفيان فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه للحكمين أتدريان ما عليكما ان رأيكما أن تجمعاهما وان رأيكما أن تفرقاهما فالأصل في بعثة الحكمين قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما ذهب جمهور العلماء الى أن المخاطب بقوله وان خفتم شقاق بينهما الحكم والمراد بقوله ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما أنهم ما الحكمين ومن صفة الحكمين التي هي شرط في صحة كونهما حكمين الاسلام والبلوغ والحرية والذكورة فان عدم شيء من ذلك لم يجز تحكيمهما برضا الزوجين ولا ببعثة السلطان قاله مالك وكذلك العدالة ولها صفات أخرى من صفة كمالها أن يكونا من أهلها ما وأن يكونا فقيهين فقد قال ابن القاسم ان جعل ذلك الزوجان ووليا اليتيمين الى من لا يجوز أن يكون حكما لم يجز لأن ذلك من باب الفرر

(فصل) وقوله فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها خطاب للحكام ويحتمل على مذهب مالك ان يكون خطابا لولي اليتيمين وذلك انه ليس لأحد أن يبعث الحكمين الا الحاكم أو وليا الزوجين وان كانا محجورين وهذا معنى ما في المسئلة (مسئلة) ولو جعل الزوجان ذلك الى رجل

* قال مالك والأمر عندنا ان المرأة اذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بهامادامت في عدتها فان انقضت عدتها فلا سبيل له عليها وان تزوجها بعد انقضاء عدتها لم يعد ذلك طلاقا وانما فسخها منه الاسلام بغير طلاق * ماجاء في الحكمين * * حدثني يحيى عن مالك انه بلغه ان علي بن أبي طالب قال في الحكمين الذين قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان علما خيرا ان اليهما بالفرقة بينهما والاجتماع * قال مالك وذلك أحسن ماسمعت من أهل العلم ان الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة والاجتماع

واحد جاز اذا كان من أهل الحكم قاله ابن القاسم في المدونة قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه
 ووجه ذلك عندي أن يكون من جهة الزوجين لأن الحق في ذلك لا يخرج عنهما ولا يجوز للسلطان
 ولا لولي اليتيمين لأن في ذلك إسقاطا لحق الزوجين ولا يجوز ذلك في جزاء الصيد لأنه حق لله تعالى
 ولم يأمر فيه إلا بحكمين (مسئلة) وسبب تحكيم الحكمين أن يقبح ما بين الزوجين ويظهر
 الشقاق بينهما قال القاضي أبو محمد أعلم أن كان ذلك من أحدهما أمر بالزوجه وان جهل ذلك بعث
 الحاكم حكيمين وسواء بنى بها الزوج أو لم يبن بها قاله ابن المواز لأن التقاض قد يقع بينهما قبل البناء
 (مسئلة) واذا نزاع أحد الزوجين أو نزاع جميعا قبل حكم الحكمين فلا يخلو أن يبعث الحكمين
 السلطان أو غيره فان بعثهما السلطان لم يكن لهما نزوع لأن تحكيمهما حكم من السلطان فليس لهما
 نقضه فان بعثهما غير السلطان جاز لهما النزوع ما لم يستوعبا الكشف عن أمرهما فلا نزوع لواحد
 منهما ويلزم حكمهما قاله ابن المواز ووجه ذلك ما احتج به من أن رجلين لو حكما بينهما رجلا فلما
 ظهر وجه الحق وعلم أحدهما أنه محكوم عليه أراد النزوع لم يكن له ذلك (مسئلة) وما يحكم به
 الحكمان فعلى وجه الحكم لا على وجه الوكالة والنيابة فينفذ حكمهما وان خالف مذهب الحاكم الذي
 أنفذ سواء جمع أو فرقا وبه قال النخعي والشافعي وغيرهم خلافا لابي حنيفة وأحقق الشافعي انهما
 ان جمعا جاز ذلك وان فرقا لم يلزم ذلك الزوج والدليل على ذلك قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما
 من أهلها فسمي الحكمين والحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق الى اذن الزوج كالوالى (مسئلة)
 ومن حكم الحكمين أن يكونا فقيهين ليعلما مواقع الحق ليحكما به ويكون أحدهما من أهله والثاني من
 أهلها لان الأهل أعلم بباطن أمرهما وأعرف بوجوه منافعهما ويكونان عدلين ليؤمن جورهما فان
 لم يكن من أهلها من هذه صفته جاز أن يكونا أجنبيين والله أعلم (مسئلة) ووجه نظر الحكمين
 أن ينظر في أمرهما فان رأى الإساءة من قبل الزوج فرقا بينهما وان رأى الإساءة من قبل المرأة تركاها
 واستأمناء عليها وان كان من قبلهما جميعا فرقا بينهما على بعض ما أصدقها ولا يستوعب له وعنده
 بعض العلم واه ابن المواز عن أشهب قال محمد وهو معنى قوله فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح
 عليهما فيما اقتدت به (مسئلة) وان فرقا بينهما بطلقة بشئ أخذاه له منها فهو خلع والطلقة بائنة
 وان كانت بغير عوض فهي أيضا طلقة بائنة قال أشهب اذا فرقا بالبتة فهي واحدة بائنة وان كانت طلقة
 بغير عوض وانما قلنا انها واحدة بائنة لأنها فرقة أو قعها حكم من غير اختيار الزوج ولا تملكه فكانت
 بائنة كالفرقة بسبب العقد (مسئلة) وان حكما بالثلاث روى ابن حبيب عن مطرف ما أخطأ
 فيه السلطان ففرق بثلاث فيما يفرق فيه بواحدة فقد أخطأ وتكون واحدة وكذلك الحكمان وقال
 أشهب تلزمه واحدة بائنة وقال ابن القاسم تلزمه البتة وبه قال أصبغ والخلاف في ذلك مبنى على
 الخلاف في العبد تزوج بغير إذن سيده فيفرق السيد بينهما بثلاث تطليقات والأمة تعتق تحت العبد
 فتختار نفسها بثلاث تطليقات هل تكون ثلاثا أو واحدة (مسئلة) وان حكم أحدهما بواحدة
 والآخر بثلاث قال محمد هي واحدة وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك ليس بشئ وجه قول
 محمد انهما قد اتفقا على إيقاع واحدة فيجب أن يصح ويبطل ما اختلفا فيه وهو ما زاد على الواحدة
 ووجه قول أصبغ أن حكم الواحدة غير حكم الثلاث فلا يوجد اتفاقهما على أحد الحكمين فيجب أن
 يبطل ذلك كله (مسئلة) فان حكم أحدهما بطلقة على مال والآخر بواحدة بغير مال لم يكن ذلك
 باجتماع منهما فان رضيت أن تمضي له ذلك مع المال لزم الزوج الطلاق قاله ابن القاسم في المدونة

ومعنى ذلك انهم ما قد اجتمعوا على الطلقة وانما اختلفوا فيما يأخذ الزوج من مال الزوجة فلا يلزم ذلك الزوجة الا برضاها فلا حاجة للزوج (مسئلة) وسواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فليس للحكمين أن يبطلوا ما يرجع الى الزوج من نصف الصداق قبل البناء كما ليس لها أن يفرقا بينهما على شيء يأخذانه للزوجة من الزوج ووجه ذلك ان الطلاق حق من حقوق الزوج فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شيء يأخذانه منه فيكون العوضان من جهته وانما يجوز لهما أن يوقعاه لشيء يأخذانه له من مال الزوج لئلا يكون ما يأخذانه منه يصبى الى الزوج عوضا عما أخرج عن ملكه من الطلاق

﴿ ما جاء في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله بن مسعود بن محمد بن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أتم ذلك لازم له اذا نكحها ﴿ ش قولهم فمين حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها يريدون أن يقول ان تزوجتك فأنت طالق أو يقول ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فيضيف الطلاق الى النكاح وأما اذا لم يضيف الطلاق الى النكاح فانه لا يلزمه شيء وذلك مثل أن يقول لاجنية أنت طالق ثم يتزوجها فتدخلى الدار فانه لا يلزمه شيء من ذلك قال ابن حبيب هذا مجمع عليه (مسئلة) وأما اذا أضاف الطلاق الى النكاح فالذى ذهب اليه مالك وأبو حنيفة ان ذلك يلزمه في التعيين وقال الشافعي لا يلزمه شيء من ذلك وقد روى عن ابن وهب عن مالك انه أنفى رجلا حلف ان تزوجت فلانة فهي طالق انه لا شيء عليه ان تزوجها قاله ابن وهب وزلت بالخروج فأفتاه مالك بذلك وليست هذه الرواية بالمشهورة والمشهور رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتية لا يفسخ ان وقع والدليل على ما يقوله انه أضاف الطلاق الى النكاح فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح (فصل) وقولهم ثم أتم ان ذلك لازم له اذا نكحها معناه والله أعلم ان ذلك لازم له ان كان قد نكحها وأما لو قال لها ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار ثم تزوجها لم يكن عليه شيء بدخولها قبل النكاح وانما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول فمين قال كل امرأة أنكحها فهي طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت

﴿ ما جاء في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله بن مسعود بن محمد بن شهاب وسليمان بن يسار كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق امرأة قبل أن ينكحها ثم أتم ذلك لازم له اذا نكحها ﴿ ش قولهم فمين حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها يريدون أن يقول ان تزوجتك فأنت طالق أو يقول ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فيضيف الطلاق الى النكاح وأما اذا لم يضيف الطلاق الى النكاح فانه لا يلزمه شيء وذلك مثل أن يقول لاجنية أنت طالق ثم يتزوجها فتدخلى الدار فانه لا يلزمه شيء من ذلك قال ابن حبيب هذا مجمع عليه (مسئلة) وأما اذا أضاف الطلاق الى النكاح فالذى ذهب اليه مالك وأبو حنيفة ان ذلك يلزمه في التعيين وقال الشافعي لا يلزمه شيء من ذلك وقد روى عن ابن وهب عن مالك انه أنفى رجلا حلف ان تزوجت فلانة فهي طالق انه لا شيء عليه ان تزوجها قاله ابن وهب وزلت بالخروج فأفتاه مالك بذلك وليست هذه الرواية بالمشهورة والمشهور رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتية لا يفسخ ان وقع والدليل على ما يقوله انه أضاف الطلاق الى النكاح فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح (فصل) وقولهم ثم أتم ان ذلك لازم له اذا نكحها معناه والله أعلم ان ذلك لازم له ان كان قد نكحها وأما لو قال لها ان تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار ثم تزوجها لم يكن عليه شيء بدخولها قبل النكاح وانما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح ص ﴿ مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول فمين قال كل امرأة أنكحها فهي طالق انه اذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه * قال مالك وهذا أحسن ما سمعت

وروى نحوه عيسى عن ابن القاسم وجه الرواية الأولى انه اذا كانت التي استثنى زوجته له فقد حلف أن لا يتزوج عليها ولا خلاف أن ذلك لازم له ووجه القول الثاني انه لم يورده على هذا الوجه وانه انما أوردته على وجه الامتناع من نكاح غيرها ولولزمه ذلك للزومه اذا طلقها أن لا يتزوج غيرها وهذا يسد باب الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه والله أعلم (فرع) وان كانت المرأة أجنبية فقد اختلف فيه مالك وأصحابه فروى عنه المصريون انه لا شيء عليه كمن عم وكذلك اذا استثنى العدد اليسير كالعشرة ونحوها أو قبيلة أو قرية وهم قليل وروى عيسى عن ابن القاسم انه لا يجحد في ذلك ولكنه اذا استثنى العدد القليل الذي ليس فيه سعة للنكاح فهو كمن عم والرواية الثانية رواية المدنيين روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن عبد الملك انه اذا قال الا فلانة لزمه ذلك وجه القول الأول ان المراعى فيه أن يترك ما يمكن فيه النكاح فاذا استثنى مالا يمكنه ذلك غالبا فهو كمن عم ووجه الرواية الثانية انه اذا استثنى فقد عدل عن الاستيعاب فوجب أن يلزمه ذلك كما لو استثنى الكثير (فرع) فاذا قلنا برواية اللزوم فقد قال ابن الماجشون يلزمه ذلك ولو كانت التي استثنى ذات زوج لانه يرجى له أن تخلو من الزوج فيتزوجها وكذلك لو تزوجها وطلقها البتة للزمتها المين الآن يتزوجها في عدة فحرم عليه تحريم مؤبدا وقال مطرف ان كانت ذات زوج أو تزوجها فأبنتها لم تلزمه المين ولو طلقها طلقة أو طلقتين لزمته المين وجه القول الأول ما احتج به من أن المين تلزمه ما لم يقطع بتعذر النكاح والتي أبنتها لا يقطع بتعذره لجواز أن يتزوجها غيره ثم طلقها الزوج فتزوجها الخالف فهذا لا يقطع بتعذر النكاح عليه فلزمت المين كما لو طلقها طلقة ووجه القول الثاني ان نكاحها لا يمكنه الآن فيعتبر بتعذر النكاح عليه حين يمينه والله أعلم (فرع) ومن قال كل نيب أن تزوجها فهي طالق ثم قال كل بكر أن تزوجها طالق فروى عيسى عن ابن القاسم لاتلزمه الثانية وروى ابن وهب عن مالك تلزمه المينان وجه القول الأول ان المين الثانية تمنع الاستمتاع فوجب أن لا يلزمه ووجه القول الثاني ان المين الثانية لاتتناول المنع وانما تناول صنفا من النساء وينبئ الكثير فوجب أن يلزمه كالأول (مسئلة) ومن حلف أن لا يتزوج بالاسكندرية فلا يخلو أن ينويها وعملها أو ينويها خاصة أو لا ينوي شيئا فان نواها وعملها لزمه ذلك وان نواها خاصة ففي كتاب ابن حبيب فمين حلف بطلاق من يتزوج بالاسكندرية ان نوى الحاضرة لزمه فمين على مسافة الجمعة قال ابن كنانة وابن الماجشون وأصبغ قالوا وان لم ينوش شيئاً لزمه في مسيرة يوم حتى يجاوز أربعين ميلاً وأكثر حدهما تقصر فيه الصلاة وقد قال ابن القاسم استحس أن يتباعد الى حيث لاتلزمه الجمعة قال أصبغ والقياس أن يتباعد الى حيث تقصر فيه الصلاة اذا خرج في طعنه ولا تتم فيه الصلاة اذا قدم والأول استحسان ولو تزوج في الموضع الذي يرزاليه لم تقصر حتى يجاوزه لم أفسخه روى ابن سعد عن أبيه في الخالف لا يتزوج من قرطبة لا يلزمه الا في قرطبة وارباضها ولو قال بالقيروان لم يلزمه الا في المدينة نفسها ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه شيء وجه القول الأول ان من حلف أن لا يتزوج من الاسكندرية فقد حلف أن لا يتزوج امرأة من موضع يقع عليه هذا الاسم وفي حكم ما يقع عليه فاذا لم ينوش شيئاً كان كل موضع لا تقصر اليه الصلاة من الاسكندرية له حكم الاسكندرية في ذلك وقد قال أصبغ ان ذلك على وجه التعرّف فن تزوج من موضع مسافة الجمعة لم يفسخه ووجه قول سعد بن ان لاسم انما يتناول المصري وارباضه كقول له تعالى لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام وانما يتناول هذا ما يكون مضافا الى القرية من الاراض المتصلة بها لان

* قال مالك في الرجل يقول لامرأته أنت الطلاق وكل امرأة أنكحها فهي طالق وماله صدقة ان لم يفعل كذا وكذا فحنث قال أما نساؤه فطلاق كما قال وأما قوله كل امرأة أنكحها فهي طالق فانه اذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة أو أرضاً أو نحو هذا فليس يلزمه ذلك وليتزوج ماشاء وأما ماله فليتصدق بثلته

* أجل الذي لا يمس امرأته *

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسها فانه يضرب له أجل سنة فان مسها والا فرق بينهما * وحدثني عن مالك أنه سأل ابن شهاب متى يضرب له الاجل أم من يوم يني بها أم من يوم ترافعه الى السلطان فقال بل من يوم ترافعه الى السلطان

﴿ أَجَلُ الَّذِي لَا يَمَسُّ أَمْرَهُ ﴾

ص **﴿** مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه كان يقول من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسه فانه يضرب له أجل سنة فان مسمها والافرق بينهما **﴿** مالك انه سأل ابن شهاب متى يضرب له الاجل أم من يوم يبنى بها أم من يوم ترافعه الى السلطان فقال بل من يوم ترافعه الى السلطان **﴿** ش قوله من تزوج امرأة فلم يستطع أن يمسه ظاهره انه معترض عنها ظن انه يستطيع ذلك فاعترض عنها لان المحبوب الممسوس لا يستعمل فيه ذلك الا أن يكون بمعنى انه ظهر الى الزوجة ذلك منه المؤثر في منع الوطء

قال ابن حبيب الاعتراض والعنة والحصر والخصاء والجب قال القاضي أبو محمد هي أربعة أشياء
الاعتراض والعنة والجب والخصاء قال ابن حبيب والمعتز هو بصفة من يأتي النساء ور بما جامع
بعضهن واعتز عن بعض والعنين قال ابن حبيب لا ينتشر ذكره هو كالأصبع في جسده
لا ينقبض ولا ينبسط والحصور أنفرد ابن حبيب بذكره وقال هو الذي خلق بغير ذكر أو بذكر
صغير كالذر وشبهه لا يمكن به وطء وقال القاضي أبو محمد العنين هو الذي ذكره شديد الصغر لا يمكنه
الجماع بمثله ولا يتأتى منه انتشار يوجب له لغره والخصى هو المنتزع الاثني قال صاحب العين الخصاء
سل الاثني ورجل خصى اذا اشتكى أنثيه وقال أبو عبيد عن أبي زيد الخصاء أن تسأل أنثياه
سلا فان رضى ولم تخرج فهو الزوج وان شق الصفن فخرجت فهو المشق فان شقت حتى تسقط فهو
العصب والمحبوب المقطوع الذكر قال صاحب العين يقال جيب الصبي اذا استأصلت ما هنالك
(مسئلة) وأما العنين والخصى والمحبوب فنأقر منهم بماله فلزوجة الخيار في فرقة دون ضرب
الأجل لان كل واحد منهم قد أقر بمعنى لا يرجى برؤه وهو مما يوجب الخيار لزوجة لمافيه من عدم
الاستمتاع أو بعضه وللزوجة في ذلك حق على وجه ما ولد ذلك فرق بينهما وبين المولى (مسئلة) ومن
أنكر ذلك منهم فقد قال ابن حبيب في الحصور والمحبوب المقطوع ذكره أو ذكره وأنثياه أو
مقطوع الخصى خاصة يعتبرهنا بالجنس على الثوب ونحوه ووجه ذلك انه يدرك ذلك بالجنس من
فوق الثوب فيعلم ما يدعى وجوده من ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه اذا كان غير
مصدق فيه وكان للنساء أن ينظرن الى الفروج فيما يصدق فيه النساء جاز للرجال الشهود أن ينظروا
الى هذا اذا كان غير مصدق فيه وهو آيين في الشهادة وأبعد مما يكره ويحظر من الملامسة
(مسئلة) وأما المعتز فان أقر بذلك فلا يخلاو أن يكون حرا أو عبدا فان كان حرا ضرب له أجل سنة
قال ابن المواز عن مالك البكر والتيب في ذلك سواء ولا خلاف بين الصحابة فيما نعلم فانه مروي عن
عمر وابن مسعود وغيرهما الارواية عن علي بن أبي طالب لا تثبت وانفردوا وبقوله لا يؤجل للزوج
ولا خيار للزوجة وهو محجوج بالاجماع فان برى في السنة والافرق بينهما ان شاء ذلك وانما ضرب
له أجل سنة لأنها مستوعبة لجميع الفصول الموافقة له والمخالفة فأبج له أن يتعاني في جميعها يصل
الى المعاناة على الوجه الذي يوافق مع ما في ذلك من سعة المدة والفسحة لما عسى أن يقع من اعتقال
المعاناة وعدم المعاني والمعاني به وفي السنة فسحة للوصول الى ذلك كله والله أعلم وان كان عبدا
فقدر روى ابن القاسم عن مالك أجله ستة أشهر وقال القاضي أبو محمد اختلف في أجل العبيد
فوجه القول بانه سنة اعتباره بالحر ولأن الغرض في ذلك اختباره بتأثير الأزمته فيه وذلك يستوى
فيه الحر والعبد فأشار الى انها مقولة لمالك وبها قال الجمهور ووجه القول بانه سنة أشهر انها
مدة تقربه من الفراق فكان له فيها نصف مدة الحر كمدة الايلاء (فرع) وهذا اذا كان
صحيحا فان رفعته وهو مريض فقدر روى يحيى ان رفعته وهو مريض فلا يضرب له أجل حتى يصح
ووجه ذلك أن عذره ظاهر ولو تعذر عليه الوطء للرض لم تطلق عليه فلا يضرب له أجل في وقت
مرضه (فرع) والسنة في ذلك من يوم توافعه امرأته الى السلطان قاله ابن المواز عن مالك * قال
القاضي أبو الوليد هذه عبارة أصحابنا وتحقيق ذلك عندى أن أول السنة من يوم الحكم بها وذلك ان
رفعها الى السلطان لا يوجب لها الحكم الا بعد اقرار الزوج وأثبت ما يوجب لها وبما كان ذلك
في المدة الطويلة فاذا ثبت عندنا حكم ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم انفاذ الحكم

والله أعلم (مسئلة) فان وطئ في أثناء السنة واتفقا على وجود الوطء فلا خيار لها وهما على حكم الزوجة
 اللازمة فان ادعى الوطء وأنكرته الزوجة فلا يخلو أن تكون ثيباً أو بكران كانت ثيباً فالقول قول
 الزوج مع يمينه وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقد اختلف في المدنية في المرأة تدعى على زوجها العجز
 عن الوطء وينكر ذلك فأفتى فيها مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة بهذا وقال ابن أبي ذئب يخلى معها
 ويكون عدلان جارحين فان خرج اليهما بقطنة فيها نطفة صدق وقال ابن أبي ذئب يلطخ ذكره
 بزعفران فاذا فرغ أدخل عليها امرأتان فان وجدتا الزعفران داخل فرجها صدق وروى الوليد بن
 مسلم عن مالك والاوزاعي انه يخلى معها وبالباب امرأتان فاذا فرغ نظرتا فرجها فان كان فيه منى فهو
 صادق والافهوكاذب وقد قال محمد بن عمران يخلى معها ثم يخرج ويلزمها امرأتان فان تطهرت
 صدق وان لم تغتسل فهي مصدقة فقضى بقول مالك وقال القاضي أبو محمد وجه ما ذهب اليه مالك
 انها مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر فوجب أن يكون القول قوله ولأن ذلك موكل الى
 أمانته قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأصل في هذه المسئلة عندي أنه على السلامة وهي
 تدعى عيباً يوجب لها نقض عقد قد أقرب بصحته وأما إذا أقر بتعذر الوطء عليه ثم ادعاه بعد ذلك
 في الأجل فلم يكن هذا موكولاً الى أمانته لوجب أن يكون القول قولها (فرع) فان حلف
 فمأ على النكاح اللازم وان نكل أحلفت فان حلفت فلها أن تفارقه وان نكلت بطلت دعواها
 ولزمها البقاء على الزوجة وروى ابن حبيب عن مالك ان نكل عند الاجل طلقت عليه
 (فرع) فاذا قلنا نطق عليه اذا حلفت بعد نكوله فاما نطق عليه عند انقضاء الأجل ولو نكل
 قبل الأجل ثم أتى الأجل فادعى أنه أصاب كان له أن يحلف وليس الحكم الانكوله قبل الاجل
 بشئ رواه ابن المواز ووجه ذلك أن له أن يتربص عليه الى الاجل فلامعنى لاستعلافه قبل الاجل
 لانه ان أصابه قبل الاجل لم يضره عجزه قبل استعلافه ولم ينقض الاجل (مسئلة) وأما البكر
 فقد قال القاضي أبو محمد فيهما وإيتان احداها انها كالثيب والاخرى ان ينظر اليها النساء فان قلن
 بها أثر أصابة فالقول قوله وان قلن انها على حال البكارة صدقت عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي
 وجه الرواية الاولى وبها قال ابن القاسم أن هذه زوجة ادعت العنة على الزوج فكان القول قوله
 كالثيب ووجه الرواية الثانية ان لنا في البكر طريقاً الى معرفة صدق الصادق منها فكان ذلك
 أولى من الرجوع الى أمانته (مسئلة) فان انقضت السنة وأقرب عدم الوطء كان لها الخيار في
 أن تقيم عنده أو تفارقه فان أقامت عنده ثم أرادت الفراق ففي كتاب محمد اذا صبرت عند تمام
 الاجل ولم تقم ثم أرادت القيام فلها ذلك وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتية واختلفا
 فروى محمد توقف مكانه بغير ضرب أجل وليس لها هي أن تفارق دون إذن السلطان قاله ابن حبيب
 وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير إذن من السلطان وجه القول
 الاول انه أمر مختلف فيه فلا بد من حكم يحكم بصحته لاسيما وليس طلاقه بلازم وانما هو اختيار بما
 تركته ووجه القول الثاني أن الحكم لما ضرب الاجل فقد حكم بما يؤول اليه وأخذه به وهذا لانها لم
 تحكم بصحة بقائها معه ولا وجد منها تصرع بالرضى به ولو أظهرت الصبر عليه في الواضحة اذا صبرت
 امرأة العنين يريد المعترض ثم بدا لها فان كان بعد ثمان ما رضيت لا امر وقع بينهما فليس لها ذلك
 وان بدا لها بعد زمان قالت رجوت أن لا يتأدى به فذلك لها ولو صبرت على العنين أو الحصور لم يكن
 لها بعد ذلك خيار (مسئلة) والطلاق في ذلك طلاقاً بائناً ولا رجعة له وان قال قد انطلقت يريد

إذا ادعى الانطلاق بعد الطلاق لانه طلاقاً بان تبس النكاح من الاصابة (مسئلة) وهذا اذا كان صحيحاً فان كان مريضاً عند انقضاء الاجل أو مسجوناً أو مريضاً أو حائضاً ففي كتاب محمد عن ابن القاسم يعرف بينهما ولا ينتظر رواء يحيى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ينتظر به واختاره ابن المواز وجه قول ابن القاسم ان هذا أجل ضرر به الحالك لثبوت الاختيار لها دون امتناع معلوم من جهته فوجب أن يثبت لها الخيار بانقضائه لان الحكم قد تناول انقضائه كما تناول ابتداءه ولذلك فرق يحيى في روايته بين أول الأجل وآخره فقال لا تضرب إلا لمرض المرض وتطلق عليه عند انقضائه وان كان مريضاً ووجه قول أشهب انه أجل ضرب للاصابة فإذا انقضى لم يعجل له مع وجود مانع كاشهر المولى (مسئلة) ولو انقطع ذكره قبل انقضاء الأجل قال ابن القاسم في كتاب محمد يعجل لها الطلاق حينئذ ولا ينتظر تمام السنة رواء عيسى عنه وروى محمد عن أشهب وعبد الملك وأصبغ وغيره لافراق في شيء من ذلك ولا حجة لها وجه القول الأول انه قد حكم عليه بالفراق لعدم الوطء فإذا قطع ذكره وتعذر الوطء كان بمنزلة من اطلع على انه محبوب ففعل الفراق ووجه القول الثاني ان هذا أمر طارئ عليه في مدة الأجل فوجب أن يبطل الأجل ويثبت النكاح كالمولى يقطع ذكره في أشهر الأجل وقد أجمعوا على ان الأجل يبطل وتثبت الزوجية (مسئلة) وحكم ايقاع الطلاق أن يؤمر الزوج بإيقاعه فيوقع منه ما شاء فان امتنع من ايقاعه فان الحالك يفسخ نكاحه بطلاق خلافاً للشافعي ووجه ذلك انه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب ولا أوجه فساد عقد فكان طلاقاً كالأول وفعه الزوج كالفرقة باعتبار الصداق والنفقة هذا الذي ذكره القاضي أبو محمد وقال القاضي أبو الوالد رضي الله عنه ولا يظهر عندي انها فرقة يلازم الزوج ايقاعها الحق الزوجية فاذا لم يوقعها حكم عليه بها السلطان فكانت طلاقاً كفرقة المولى (مسئلة) وانما يوقع الحالك عليه طلاقاً واحدة تكون بائنة لانها قبل الدخول فلا رجعة فيها ولا حاجة لاحد الى ايقاع أكثر منها مع ان الزائد على الواحدة ممنوع فان أوقع أكثر من ذلك فيتخرج فيه القول على ما تقدم من الخلاف والله أعلم (فرع) فاذا فرق بينهما بعد انقضاء الأجل ففي الموازية روى أشهب عن مالك ان ضرب لها الأجل بقرب البناء فلها نصف الصداق وقد قال مالك مرة لها جميعه وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب عن مالك وان رفعته بعد طول مدة ثم فرق بينهما بعد انقضاء الأجل فلها الصداق كله وجه القول الأول وبه أخذ ابن عبد الحكم ان استيفاء عوض المهر في النكاح يكون على وجهين أحدهما الجلاء وذلك يكون بالتقاء الختانين والثاني الاستمتاع بالزوجة وجهازها على وجه المكارمة والمرضاة ولذلك تستحق زوجة المجهوب عليه جميع مهرها اذا طلقها بعد البناء بها فاذا لم يمكن في حق غير المجهوب الوطء جاز أن يكون الاستيفاء بالاستمتاع بالزوجة وجهازها على الوجه المذكور ويجب أن يكون ذلك في طويل المدة دون قصيرها لان خلاف أن ذلك لا يستوفي في الساعة ولا في اليوم ولا يعتبر في طويل المدة بالسنة المضروبة لاختيار الزوج لانه ليس مقتضاها المكارمة والمرضاة وانما مقتضاها المشاحة وطلب الزوجة المفارقة وانما يعتبر في طول المدة بما مضى قبل أن ترفعه الى الحالك كما ذكرناه فان طالبت بقدر ما يكون فيها استمتاع الزوج بالزوجة وجهازها كان لها جميع المهر لانه قد وجد منها البذل ووجد منه الاستيفاء وان قصرت عن ذلك لم يكن لها الا نصف الصداق لانه لم يوجد منها نوع من الاستيفاء ووجه القول الثاني انه قد وجد منه الاستمتاع بالزوجة وجهازها فكان لها جميع الصداق كما لو طالبت المدة قبل التبع كما في ذلك والله أعلم

(فصل) فأما المجنون فقد روى محمد بن عيسى عن مالك بن أنس أن رجلاً رجلاً بماء يضرها به من الجنون والجذام والبرص وذلك أنه على وجهين أحدهما أن يكون الجنون به حين العقد فغرها من نفسه فاختارت الطلاق فإن كان دخل بها فلها الصداق وإن لم يكن بها فلا شيء لها ووجه ذلك أنه إذا غرها من نفسه بالعنة كان لها الخيار وهذا أبين ضرراً فإن يجب لها الخيار به أولى فإن كان حدث به ذلك بعد العقد فعلى حسب ذلك أن كان قبل البناء فلها أن تطلق نفسها ولا شيء لها وإن كان بعده فلها جميع الصداق رواه أشهب عن مالك وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب في المجنون سواء كان جنوناً أفاقاً أو مطبقاً إن كان يؤذيها ويخاف عليها منه حيل بينهما وأجل سنة ينفق عليها من ماله فإن برأ والا فهي بالخيار وإن كان يعفها من نفسه ولا تخاف منه في خلوته بها فلا حجة لها وقال نحوه أشهب ووجه ذلك أن هذا ليس بمعنى مؤثر في الاستمتاع فإذا أعفها من نفسه ولم يخف منها عليها فلا خيار لها وأشار ابن حبيب إلى التفرقة بين الجنون الموجود حين العقد والحادث بعده فقال فبين زوج ابنه صغيراً فلما بلغ ظهر أنه أحق مطبق فأرادت هي أو ولي الصغيرة الفسخ وقالت كان الجنون به قديماً وبالبلوغ ظهر فهذا لا يعرف وهو على أنه حادث (فرع) فإذا اختلفا في فرق بينهما في الجنون ضرب له أجل سنة يتعالم فيها وقد قال مالك يحبس في حديد أو غيره أن يخيف عليها منه وهذا في الذي يخاف عليها منه وهي مع ذلك لا تستوحش من مجالسته ويخاف عليها من ذلك أذى فإن عسدي أنه يفرق بينهما فإن برأ المجنون في السنة قال مالك فإن برأ والا فهي بالخيار ووجه ذلك ما قدمناه (فرع) والموسوس والذي يغيب ممره بعد ممره سواء رواه ابن المواز قال وقد قال مالك لا يؤجل الموسوس سنة ووجه ذلك أن هذه معانٍ يعدم معها العقل والميزان فاشبهت الجنون (مسئلة) وأما الجذام فقد تقدم من قول مالك أن لها الخيار في الجذام وكذلك أن حدث به ووجه ذلك ما قدمناه من أنه معنى منع الاستمتاع (فرع) ومقدار الجذام الذي يوجب لها الخيار قال أشهب ليس له حد الآن يكون بشعاً حالاً لا يحتمل النظر إليه وتغض الأبصار ودونه فلها الخيار وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أنه إذا كان بالرجل جذام لا شك فيه ولم يكن مؤذياً ولا فاحشاً فليفرق بينهما إن طلبت ذلك لأنه لا تؤمن زيادته وأما الخفي الذي يشك فيه ولا يعرف أنه جذام فلا يفرق بينهما وجه القول الأول أنه لا يمنع نفس الاستمتاع وإنما يلزمه فإذا لم يكن فيه أذى ولا مضرة من قبعه فلا خيار لها ووجه القول الثاني أن النفوس مجبولة على كراهته والنفار من هوبه وذلك يمنع الشاط إلى الاستمتاع والانبساط إليه فاقضى ذلك منع الاستمتاع كما لو كان الجذام بالمرأة والله أعلم (فرع) ولو شاءت المقام معه ثم قامت بعد سنين فقد قال أشهب في التي لها الخيار ببيع جذام زوجها فشاءت المقام ثم بدا لها فذلك لها وروى عن ابن القاسم ابن المواز أن الإمام إذا خیر زوجته الأجدم فاختارت المقام ثم قامت بعد سنين لا حجة لها إذا كان رضاها عند السلطان أو غيره إذا أشهدت الآن بتزايد أمره وروى عنه عيسى أنه قال لا حجة لها إذا قالت ظننت أنه سيذهب ووجه قول أشهب أن هذا أمر يشترط ضرره ويتزايد أمره ولا يكاد يثبت على حالة واحدة ووجه قول ابن القاسم أنها إذا رضيت المقام معه عند السلطان لزمها لأن السلطان قد حكم بإسقاط خيارها والله أعلم

(فصل) وأما البرص فقد تقدم من رواية ابن المواز عن مالك أن رجلاً رجلاً بماء يضرها به من الجنون والجذام والبرص وهذا فيما غرها به وما حدث بالرجل من جنون أو جذام أو برص فلها الخيار

قال مالك وليس حدوث البرص الشديد مثل ذلك ولا سمعت أحدا فرق فيه ولا أرى ذلك وروى عنه
أشهب لا يفرق فيه وإن غرهما فعلى هذا عن مالك في التي يغرها زوجها روايتان أحدهما اثبات
الخيار لها وبها قال ابن القاسم وابن عبد الحكم والثانية نفيه وفي الذي يحدث به رواية واحدة في نفي
الخيار قال ابن القاسم وإن كان ما حدث منه شديدا وروى عيسى عن ابن القاسم في الذي يحدث به
من البرص ما خف منه فلا خيار لها وما فيه ضرر لا تبصر عليه فلها الخيار به وقال القاضي أبو محمد
واختلف عنه في برص إذا غر به والصحيح أنه يثبت لها فيه الخيار والدليل على ذلك قوله تعالى
ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ولأنه معنى يؤثر في الاستمتاع للزوج الخيار به إذا كان بالزوجة
فكان للزوجة الخيار إذا كان بالزوج كالجناب فذهب القاضي أبو محمد إلى اثبات الخيار لها بهذه
العيوب كلها كانت موجودة حين العقد أو ثبتت بعده والفرق بين ما يحدث من ذلك بالزوجة
وبين ما يحدث بالزوج أن الزوج يقدر على رفع العقد بالطلاق والزوجة لا تقدر على ذلك فلم يثبت
لها الخيار لأدى إلى استدامة الضرر ومأقوله القاضي أبو محمد يقتضي أن حق المرأة في ثبوت الخيار
لها بما حدث بالزوج من ذلك آكد من حق الزوج مما يثبت بالمرأة وهو ظاهر والله أعلم (فرق)
والفرق بين ما يوجد منه حين العقد وبين ما يحدث بعده ذلك على رواية من فرق بينهما في الذي
كان موجودا به قاصدا إلى الخديعة والاضرار بها والذي حدث ذلك به بعد العقد غير قاصدا إليه بما
حدث بها منه بعد العقد وإنما يكون له أن يطلق قبل البناء بها ولها نصف الصداق ولها بعد البناء
جميعه ولو كان ذلك بها عند العقد لكان له قبل البناء أن يفارقها ولا شيء عليه من الصداق وأما من
فرق بين كثير ما حدث منه وقليله ولم يزد كذا فيما كان منه عند العقد فاعلم أن ثبت لها الخيار في
كثير من أجل استدامة الضرر ويلزم على هذا أنها إذا رضيت به كان لها القيام به لأنه ليس من وجه
العنة وإنما هو من وجه الضرر والله أعلم ص * قال مالك فأما الذي قد مس امرأته ثم اعترض
عنها فاقى لم أسمع أنه يضرب له أجل ولا يفرق بينهما * ش وهذا على ما قال ابن من مس امرأته ولو
مرة واحدة ثم اعترض عنها فإنه لا يضرب له أجل ولا يفرق بينهما ولا حجة لها عليه في ذلك وعلى هذا
فقهاء الأمصار غير أبي ثور فإنه قال يؤجل وهو محجوج بالإجماع قبله ولأن الملامسة الواحدة يكمل
بها الصداق فيبطل بها حكم الاعتراض لانهما بمنزلة استيفاء الاستمتاع أجمع إذا منع منه في المستقبل
عذر كالمات أحد الزوجين والله أعلم

* قال مالك فأما الذي قد
مس امرأته ثم اعترض
عنها فاقى لم أسمع أنه يضرب
له أجل ولا يفرق بينهما
* جامع الطلاق *
* حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب أنه قال بلغني
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لرجل من
ثقيف أسلم وعنده عشر
نسوة حين أسلم الثقيفي
أمسك منهن أربعا وفارق
سائرهن

* جامع الطلاق *

ص * مالك عن ابن شهاب أنه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم
وعنده عشر نسوة حين أسلم الثقيفي أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن * ش قدر روى عنه صلى الله
عليه وسلم أنه أمر غيلان بن سلمة الثقيفي الذي أسلم وعنده عشر نسوة أن أمسك منهن أربعا وفارق
سائرهن ولم يجعله أمسك الأوائل ولا غيرهن وذلك يقتضي أنه خير في أن أمسك من شاء منهن
وفارق سائرهن وبذلك قال مالك والليث والشافعي وكذلك لو كانت تحته أختان لكان له أن
يختار أيتهما شاء وسواء تزوجهما في عقد واحد أو عقود مختلفة وقال أبو حنيفة ليس له أن أمسك إلا
الأوائل فإن تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن ثم تزوج من شاء منهن وبه قال الثوري والدليل
على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المتقدم ولم يستل عن صفة نسكاحهن وهو موضع حكم والسؤال

* وحدثني عن مالك عن ابن شهاب أنه قال سمعت

(١٢٣)

سعيد بن المسيب وحيد بن عبد الرحمن

ابن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود
وسليمان بن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة
يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة
طلقتها زوجها تطليقة أو
تطليقتين ثم تركها حتى
تحل وتنكح زوجا غيره
فموت عنها أو يطلقها ثم
ينكحها زوجها الأول
فإنها تكون عنده على
ما بقي من طلاقها قال
مالك وعلى ذلك السنة
عندنا التي لا اختلاف فيها
* وحدثني عن مالك عن
ثابت بن الأحنف أنه تزوج
أم ولد لعبد الرحمن بن زيد
ابن الخطاب قال فدعاني
عبد الله بن عبد الرحمن
ابن زيد بن الخطاب فبحثته
فدخلت عليه فإذا سباط
موضوعة وإذا قيدان من
حديد وعبدان له قد
أجلسهما فقال طلقها أو لا
والذي يحلف به فعلت بك
كذا وكذا قال فقلت هي
الطلاق ألفا قال فخرجت
من عنده فادركت عبد
الله بن عمر بطريق مكة
فاخبرته بالذي كان من
شأن فتغيظ عبد الله وقال
ليس ذلك بطلاق وإنما

عن أسبابه مع أن الغالب أنه لا يترى وجهه في عقد واحد والله أعلم (مسئلة) وهذا مبني على أن
أنكحة الكفار فاسدة لعروها عن شروط الصحة لكن إن كان الفساد يقارن العقد فقط فذلك
الذي يصححه الإسلام فإن كان يبقى بعد العقد وأدركه الإسلام بطل النكاح وإن انقضى قبل
الإسلام صححه الإسلام وذلك مثل أن تنكح المرأة في عدتها ثم تسلم وهي في عدتها فقد قال ابن
القاسم يفسخ النكاح قال أشهب وإن لم يكن بنى بها ولو وطئ بعد إسلامه في العدة لم تحل له أبدا وكذلك
من تزوج على سنة المتعة أسلم قبل الأجل ففسخ نكاحه ولو أسلم بعد الأجل ثبت نكاحه بنى أو لم يبن قاله
أشهب وذلك كله من كتاب أحمد ووجهه ما تقدم (مسئلة) ومن أسلم وعنده عشرة نسوة فلم يختزنهن
حتى مات قال محمد سمعت من قال انهن يرثن منه الثمن مع الولد والربع مع عدمه ومن دخل بها منهن
فلها صداقها ومن لم يبن بها فلها خصاصتها قال محمد لا نكح عليه أن لم يدخل بها الاصداف أربع
يقسم ذلك بينهن والله أعلم (مسئلة) ولو طلق أربعاً من العشرة فقد قال محمد بن عبدوس ليس
له أن يختار من العشر غير الأربعة لأن طلاقه للربيع اختيار لمن طلق وبالطلاق وقع على
المطلقات ووجه ذلك أن الطلاق انما يقع في نكاح وانما يتعلق بالزوجة فإذا وجه الطلاق إليها فقد
اختارها زوجه فإذا استوعب أربعاً بالطلاق فقد استوعب من كان له أن يختار ولا سبيل له إلى
سائرهن إلا بنكاح جديد كما لو اختار أربعاً ثم طلقهن ص * مالك عن ابن شهاب أنه قال سمعت
سعيد بن المسيب وحيد بن عبد الرحمن بن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان
ابن يسار كلهم يقول سمعت أبا هريرة يقول سمعت عمر بن الخطاب يقول أيما امرأة طلقها زوجها
تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها
الأول فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها * قال مالك وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف
فيها * ش قول عمر رضي الله عنه أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين يردها لم يستوعب
الثلاث ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجا غيره فموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول فإنها عنده
على ما بقي من طلاقها يردان كان طلقها قبل أن يترى زوجها الثاني طلقها فإنها إذا رجعت إليه تكون
عنده على طليقتين فإن كان طلقها طليقتين قبل الثاني فإنها إذا رجعت للاول لا يبقى له فيها الا طليقة
واحدة لأن الزوج لا يهدم من الطلاق الا الثلاث فأما الطليقة والطلقتان فلا يهدمها الزوج وهذا قال
الشافعي وقال أبو حنيفة يهدم الطليقة والطلقتين وإذا رجعت إلى الأول بعد أن طلقها طليقة أو طليقتين
فإنها تكون عنده على جميع الطلاق كما لو طلقها ثلاثاً ثم رجعت إليه بعد زوج ص * مالك عن
ثابت بن الأحنف أنه تزوج أم ولد لعبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال فدعاني عبد الله بن عبد الرحمن
ابن زيد بن الخطاب فبحثته فدخلت عليه فإذا سباط موضوعة وإذا قيدان من حديد وعبدان له قد
أجلسهما فقال طلقها أو لا والذي يحلف به فعلت بك كذا وكذا قال فقلت هي الطلاق ألفا قال
فخرجت من عنده فادركت عبد الله بن عمر بطريق مكة قال فأخبرته بالذي كان من شأن فتغيظ
عبد الله وقال ليس ذلك بطلاق وإنما لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك قال فلم تقر رني نفسي حتى
أثبت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فأخبرته بالذي كان من شأن وبالذي قال لي عبد الله
ابن عمر قال فقال لي عبد الله بن الزبير لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك وكتب إلى جابر بن الأسود

لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك قال فلم تقر رني نفسي حتى أثبت عبد الله بن الزبير وهو يومئذ بمكة أمير عليها فأخبرته بالذي كان من
شأن وبالذي قال لي عبد الله بن عمر قال فقال لي عبد الله بن الزبير لم تحرم عليك فارجع إلى أهلك وكتب إلى جابر بن الأسود

الزهرى وهو أمير المدينة يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن وأن يخلى بينى وبين أهلى قال
فقدت المدينة فجهزت صفية امرأة عبد الله بن عمر امرأة عمى حتى أدخلتها على بعلم عبد الله بن عمر ثم
دعوت عبد الله بن عمر يوم عرسى الى وليتى فجاءنى ش قوله فدخلت عليه فاذا سباط موضوعه
وقيدان من حديد وعبدان يقتضى مع كمال الحديث أن هذا كان عند عبد الله بن عمر وعبد الله بن
الزبير مما يقع به الا كراه الذى يمنع وقوع الطلاق وروى ابن المواز أن التهديد بالضرب وان قل
وأب السجنا كراه وكذلك أخذ بعض المال وقال فمين مر بعشار فقال فى أمة هى له حرة لاشئ
عليه وروى عيسى عن ابن القاسم فى مكره ان كان لم يحلف فلا شئ عليه * قال الفاضى
أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أن يكون يعلم أن الخالف يقدر على ذلك وانه ممن لا ينزع
عنه وليس من شروطه أن لا يتحقق ذلك أن لا يسرع فيه وعلى هذا يدل حديث ثابت بن الأحنف
(فصل) وقوله فقال طلقها والا الذى يحلف به فعلت بك كذا وكذا فقلت هى الطلاق ألقا يقتضى
انه طلقها مكرها وقد أفتاه عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير بان ذلك لا يلزمه وهو المعروف من
قول عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعى وقال
أبو حنيفة يلزم المكره طلاقه وبه قال النخعي والشافعى ويرى عن سعيد بن المسيب والدليل على
مانقوله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا طلاق فى اغلاق والاغلاق الا كراه ومن جهة
المعنى ان هذا طلاق لو أقر به لم يلزمه فاذا أوقعه لم يلزمه كطلاق المجنون (مسئلة) اذا ثبت ذلك
فسواء أكرهه على ايقاع الطلاق أو الاقرار به أو اليمين به أو الحنث فى يمين لزمته به كل ذلك لا يلزمه لانه
معنى يتضمن الطلاق فلم يلزم بالا كراه كالاقرار
(فصل) وقوله ثم دعوت عبد الله بن عمر الى وليتى فجاءنى يقتضى بقاءه على ما أفتاه به من أن
المكره لا يلزمه طلاق ولذلك حضر ولية بنائه بها مع علمه بانه قد كان طلقها مكرها وكتب عبد الله
ابن الزبير الى جابر بن الأسود يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن لما كان من تعديه على ثابت
وظلمه له وان كان ما ألجأه اليه من الطلاق لا يلزمه وهذا هو الواجب على من اليه شئ من أمور المسلمين
أن ينصف ضعيفهم من قويهم والله الموفق للصواب ص * مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال
سمعت عبد الله بن عمر قرأ يأياها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لقبيل عدتهن قال مالك يعنى بذلك
أن يطلق فى كل طهر مرة * ش قوله فطلقوهن لقبيل عدتهن يحتمل أن يريد بانه سمعه يورد
ذلك على سبيل التفسير فاما القراءة فلا تكون الا على ما نضه منه المصحف ومعنى قوله لقبيل عدتهن
أن يطلقها طاهرا فتلك المدة التى تستقبل بها العدة يريد أن تبدأ فيها وهو قريب من معنى قوله تعالى
فطلقوهن لعدتهن لان معنى ذلك أن تطلق فى حالة تعدبها ولا خلاف انه لا يجوز الطلاق فى حال
الحيض فثبت ان الأمر بالطلاق تناول حال الطهر وثبت بذلك ان من الطهر هو الذى يقع الاعتداد
به وهو الذى تستقبل العدة به وقوله عن مالك ان معنى ذلك أن يطلق فى كل طهر مرة مما انفرد به
يحيى بن يحيى وقد أنكرت هذه الرواية على يحيى بن يحيى وقيل انها مخالفة لمذهب مالك رحمه الله لان
طلاق السنة عنده أن يطلق طلقة فى كل طهر أى فى أى طهر سأل أن يتدى به الطلاق ويوقعه مرة
واحدة لا يتبعها فى ذلك الطهر طلقة ثانية وليس فى ذلك الطلاق ايقاع طلاق فى الطهر الثانى ولا المنع
منه لان الامر جهته التعلق بالعموم ولا يجوز لمن تأول ذلك التعلق بالعموم لانه لا يجوز عنده أن
يطلق فى طهر قد مس فيه والله أعلم

الزهرى وهو أمير المدينة
يأمره أن يعاقب عبد الله
ابن عبد الرحمن وأن يخلى
بينى وبين أهلى قال
فقدت المدينة فجهزت
صفية امرأة عبد الله بن
عمر امرأة عمى حتى أدخلتها
على بعلم عبد الله بن عمر
ثم دعوت عبد الله بن عمر
يوم عرسى لوليتى
فجاءنى * وحدثنى عن
مالك عن عبد الله بن
دينار أنه قال سمعت عبد
الله بن عمر قرأ يأياها النبي
اذا طلقتم النساء فطلقوهن
لقبيل عدتهن * قال مالك
يعنى بذلك أن يطلق فى
كل طهر مرة

* وحدثني عن مالك

عن هشام بن عروة
عن أبيه انه قال كان
الرجل اذا طلق امرأته ثم
ارجعها قبل أن تنقضي
عنتها كان ذلك له وان
طلقها ألف مرة فعد
رجل الى امرأته فطلقها
حتى اذا شارفت انقضاء
عنتها راجعها ثم طلقها
ثم قال لا والله لا أوليك
الى ولا تحلين أبدافأ نزل الله
تبارك وتعالى الطلاق
مرتان فامساك بمعروف
أو تسريح باحسان
فاستقبل الناس الطلاق
جديدا من يومئذ من كان
طلق منهم أولم يطلق
* وحدثني عن مالك عن
ثور بن زيد الديلي أن
الرجل كان يطلق امرأته
ثم راجعها ولا حاجته بها
ولا يريد امساكها كما
تطول بذلك عليها العدة
ليضارها فأ نزل الله تبارك
وتعالى ولا تمسكوهن
ضارا تعتدوا ومن يفعل
ذلك فقد ظلم نفسه يعظهم
الله بذلك * وحدثني
عن مالك أنه بلغه أن سعيد
ابن المسيب وسليمان بن يسار
سئلا عن طلاق السكران
فقالا اذا طلق السكران
جاز طلاقه وان قتل قتل به
قال مالك وعلى ذلك الامر
عندنا

ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه قال كان الرجل اذا طلق امرأته ثم راجعها قبل أن
تنقضي عنتها كان ذلك له وان طلقها ألف مرة فعد رجلا الى امرأته فطلقها حتى اذا شارفت
انقضاء عنتها راجعها ثم طلقها ثم قال والله لا أو ويك الى ولا تحلين أبدافأ نزل الله تعالى الطلاق
مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فاستقبل الناس الطلاق جديدا من يومئذ من كان طلق
منهم أولم يطلق * مالك عن ثور بن زيد الديلي ان الرجل كان يطلق امرأته ثم راجعها ولا حاجته بها
ولا يريد امساكها كما تطول بذلك عليها العدة ليضارها فأ نزل الله تبارك وتعالى ولا تمسكوهن ضارا
لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه يعظهم الله بذلك * ش الآية الأولى نزلت في تقدير الطلاق وما
للرجل منه وانه ليس له من ذلك الا طلقان تعقبهما رجعة وطلقة ثالثة لا رجعة بعدا فاقطع بذلك
تبارك وتعالى ضرر من كان يستديم الطلاق والارتجاع يمنع بذلك الزوجة من أن تحل لغيره
ولا يعيدها الى حال الزوجية التي يقتضيها عقد النكاح من الامساك بالمعروف وقصد المواصله
فقدر الله تعالى بهذه الآية أن جميع ما للزوج في المرأة ثلاث تطليقات فاذا استوعبها في كلمة أو كلمات
ووقت واحد أو اوقات لم يبق له فيها رجعة ولا كان له أن يمنعها من نكاح غيره اذا انقضت عنتها
ومعنى الآية ان الطلاق الرجعي مرتان ويحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى فامساك بمعروف
أو تسريح باحسان ان هذا حكم الطلاق الرجعي وهذا للزوج وله أن يمسكها باحسان يريد والله أعلم
على المواصله والمقصود بالزوجية لايضارها ويطول عليها بالرجعة عنتها ولذلك قال تعالى ولا
تمسكوهن ضارا لتعتدوا ويريد في تطويل العدة عليهن أو يسرحها باحسان ان لم تكن له بها
حاجة فان طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره يريد والله أعلم الطلقة الثالثة
(فصل) وقوله تعالى ولا تمسكوهن ضارا لتعتدوا وانها هم الله بهذه الآية عن أن يكون الارتجاع الذي
أبيح لهم على وجه الاضرار واعلمهم انه وان كان قد ينفذ فيه حكمهم فانهم قد أمروا بإيقاعه على وجه
المعروف دون الاضرار فمن أوقعه على وجه الاضرار فقد ظلم نفسه فأتنا ولته الآية الأولى غير
ماتنا ولته الآية الثانية والله أعلم ص * مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن
طلاق السكران فقالا اذا طلق السكران جاز طلاقه وان قتل قتل به قال مالك وعلى ذلك الامر
عندنا * ش قولها اذا طلق السكران جاز طلاقه وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب
والنخعي والشعبي وابن سيرين وأكثر الفقهاء وبه قال مالك وأبو حنيفة والأوزاعي والثوري والشافعي
في ذلك قولان أحدهما يلزمه الطلاق وعليه أكثر أصحابنا والثاني لا يلزمه وبه قال المزني وروى ذلك
عن عثمان بن عفان وربيعة ويحيى بن سعيد الانصاري والدليل على ما نقوله ان كل من لزمه القطع
بالسرقة والقصاص في القتل لزمه الطلاق أصل ذلك الصحيح ولا خلاف في الزامه القطع بالسرقة
الاماروى عن عثمان الليثي وليس ممن يعتد بخلافه وهو محجوج بالاجماع قبله وأما القصاص في القتل
فلا خلاف فيه * قال القاضي أبو الوليد أيده الله والذي عندي في هذا أن السكران المذكور لا يذهب
عقله جلة وانما يتعين مع صحة قصده الى ما يقصده ولذلك يقتض منه في القتل ولا خلاف فيه وأما لو بلغ
الى حد أن يغمى عليه ولا يبقى له عقل جلة فهذا لا يصح منه تطليق اذا بلغ هذه الحالة ولا ينهيه منه ضرب
ولا قصد الى قتل ولا غيره وانما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر لان سكر الخمر ليس بمنزلة
الجنون الذي يذهب العقل جلة وانما يتغير العقل تغيرا يجترى به على معان لا يجترى عليها
صاحيا كالسفيه ولو علم انه بلغ حد الانغماء لما اقتصر منه ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أنغمى عليه

(فرع) وأما من سقى السكيران ثم حلف بطلاق أو غيره فقد قال أصبغ في العتبية لا يلزمه شيء وهو كالبرسام وهو لم يدخله على نفسه ولو قصد شربه على وجه الدواء والعلاج فأصابه ما بلغ ذلك منه فلا شيء عليه وليس كشارب الخمر ومعنى ذلك أن شرب السكيران يذهب العقل ويجعل صاحبه كالبرسم وقال ذلك في المريض يطلق في هنيائه لا يلزمه ولو طلق وقد ذهب عقله من المرض ثم صح فانكر ذلك حلف ولم يلزمه وأما شارب الخمر فلتنبيه سكره ومعناه الاجتراء على المعاصي وتشعب الاماني مع بقاء كثير من الميز الذي يلزمه به القصاص والحدود ولم يختلف أصحابنا في أن الحدود والطلاق تلزمه وأما ما لم يتعلق بتعريم ولا كان فيه عتق كالبيع والنكاح والهبة والصدقة وعطيته وانكاح ابنته واقراره بالدين قال سحنون لا يجوز شيء من ذلك وهو ظاهر قول مالك وقال ابن نافع يجوز عليه كل شيء كالبيع وغيره ووجه قول مالك أن أقل أحواله حال سكره أنه سفيه فلا يلزمه شيء من ذلك كما لا يلزم السفيه ووجه قول سحنون أن هذه حقوق لازمة كالطلاق والحدود ووجه قول ابن نافع أن من ليس محجور عليه ومعناه من الميز ما يجب عليه به القصاص فإنه يلزمه سائر أفعاله كالصاحي وأما وصيته فقد قال سحنون ما كان منها له الرجوع فيه فلا يجوز عليه وما لم يكن له الرجوع كالعتق المبطل فهو لازم ثم رجع سحنون بالعشي فقال تلزمه وصيته بالعتق ووصيته لقوم ولا يكون أسوأ حالا من الصبي والسفيه تجوز وصيتهما فالسكيران أخرى أن تجوز وصيته وانما يلزمه البيع لأنه لا يلزم الصبي ولا السفيه ض * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته ففرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا * ش قوله إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته ففرق بينهما يقتضي أن لها عليه نفقة لازمة تقابل استحقاقه لاستدامة نكاحها والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ومن جهة المعنى ما قدمناه من أن النفقة في مقابلة استدامة الاستمتاع ولا خلاف في ذلك وفي هذا أربعة أبواب * أحدها في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج * والباب الثاني فيما يسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز * والباب الثالث في قدر النفقة وصفتها * والباب الرابع فيما يجب من الخيار بالا عسار عن ذلك

(الباب الاول في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج)

تجب النفقة على الزوج الحر لزوجته الحرة مادامت الزوجية بينهما باقية ولم يكن من قبلها نشوز وذلك إذا دخل بها وأدعى إلى الدخول بها وكانا جميعا من أهل الاسعة متاع وهو أن يكون الزوج بالغاً وتكون هي ممن يستمتع بثملها ويمكن وطؤها وان لم يبلغ فإن كان الزوج ممن لم يبلغ أو كانت هي ممن لا يمكن وطؤها الصغرها فلا نفقة لها خلافاً للشافعي في ترك اعتبار ذلك في أحد قوليه ووجه ذلك أن الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض من النفقة كالمطلقة البائنة (مسئلة) وهذا إذا كان الزوجان موسرين فإن كان معسراً فلا تلزمه نفقة لقوله تعالى لا يكلف الله نفساً الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً فإن أيسر بعد ذلك لم يتبع بما أنفقته على نفسها حال عساره ووجه ذلك أنه حق لا يتعلق بذمة الزوج وانما يتعلق بماله فلا يلزمه إذا أيسر (مسئلة) فإن كان موسراً وأراد السفر نظر إلى قدر سفره فوضع لها من النفقة بقدر ذلك أو أقام جيلاً قاله ابن المواز وهو منهج ابن القاسم وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس لها عليه جيل بالنفقة وجه القول الاول أنه إذا غاب تعذر عليها تحصيل النفقة من جهته فكان عليه أن يترك من النفقة بقدر ما يرى من جهة

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته ففرق بينهما * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

سفره كالذي عليه الدين يريد سفر يقتضي حلول أجله قبل إيايه فعليه أن يوجه وجهها لقضائه
 ووجه القول الثاني أن هذه نفقة زوجة فلم يجب على الزوج توفيقها كالخاضر المقيم معها (مسئلة)
 وإذا غاب الزوج موسرا واحتاجت الزوجة إلى نفقة فلا يخلو أن تنفق على نفسها لترجع عليه
 أو ترفع ذلك إلى السلطان فإن أنفقت على نفسها ثم قدم زوجها فاقرب بذلك دفع اليها ما أنفقته إلا
 أن يكون أكثر مما يفرض لئلا يفرض مثلها على مثله فله أن يمنع الزائد على ذلك وإن مانعها في ذلك فلا يخلو أن
 تدعى أنه أوصل اليها ما أنفقته وإن كان معسرا مدة غيبته فإن ادعى أنه أوصل اليها فإن كانت لم تشهد
 فالقول قوله لأن الظاهر أن ما في بيته من نفقة وما أشبهها له وإن كانت أشهدت على ذلك أهل محلها
 وجيرانها فلما قدم زعم أنه خلف النفقة أو بعث بها ووصلت في العتية وكتاب محمد عن ابن القاسم
 يحلف الزوج ويصدق كالخاضر ووجه ذلك أنه لم يتقدم في ذلك قضاء عليه ولا أمر من الحاكم لها
 بالانفاق على نفسها فلما عريت قصتها من حكم الحاكم لم يؤثر في ذلك الأشهاد (مسئلة) وإن كانت
 رفعت ذلك إلى الحاكم فقد قال ابن القاسم إن القول لها من يوم رفعت ذلك وقاله أصبح
 ورآه كالحكم لها ووجه ذلك أنها رفعت ذلك إلى الحاكم ونظر في أمره ولم يجعله مالا وأباح لها الانفاق
 على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه فكان القول فيه قولها (مسئلة) فإن قال كنت معسرا
 في تلك المدة فما أثبت فيه عدمه فقد روى محمد عن ابن القاسم أنه إذا قدم اتبعته بما كان في مدة الحكم
 لها موسرا أو سقط ما كان فيه معسرا سواء كان وقت الحكم أو وقت القدوم معسرا أو موسرا ومعنى
 ذلك أن هذا تضمنه حكم الحاكم لأنه لا يجوز له أن يلزم النفقة معسرا ولا أن يسقطها عن موسر وفي
 كتاب ابن حبيب أنه إن جهل أمره وأرادت أن ترجع عليه فذلك لها ويشهد لها بذلك الإمام أنه إن
 كان مليفا فقد فرضت لها عليه نفقة مثلها من مثله ويؤرخ اليوم ويذكر الشهر فلا يؤثر على هذا الحكم
 إلا في تحقيق ما ثبت عنده من حاله في عسر أو يسر وفي إزالة يده عما تنفقه بحكمه والله أعلم (فرع)
 فإذا ثبت عسر أو يسره فعلى ما تقدم وإن جهل أمره ففي كتاب محمد عن ابن القاسم إن المعتبر الحالة
 التي يقدم عليها فإن قدم معسرا فهو مصدق فيما يدعيه من الاعتبار وإن قدم موسرا لم يصدق في ذلك
 الابنية وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه على الحالة التي خرج عليها فإن خرج معسرا فهو
 على ذلك وإن خرج موسرا فهو على ذلك وإن لم يعلم على أي حالة خرج عليها فهو على اليسار حتى يقيم
 البينة بالأعسار وفي العتية عن ابن كنانة وسحنون إن القول قوله وعلى المرأة البينة ووجه قول ابن
 القاسم أن الحالة التي قدم عليها هي الحالة التي يجب أن تعتبر لاحتياجه يوم الحكم عليه فإذا لم يكن يسار
 مما تحمل عليه أحواله قبل ذلك فهذه الحالة الأولى لأنها ثابتة له يوم الحكم عليه ووجه قول ابن
 الماجشون أن الحالة التي فارق عليها يجب استصحابها حتى يبين خروجها عنها ووجه قول ابن كنانة
 أن الأحوال تختلف وتنتقل فلا يعتبر بحال والأصل عدم لاسيما فيما ثبت ولا يتعلق بالذمة
 (فصل) وهذا إذا كانا حريين سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده فإن كانا عبيدين أو أحدهما فإن كان
 العبد له زوجة حرة فقد قال ابن المواز لا خلاف أن العبد عليه أن ينفق على زوجته الحرة قال مالك
 ويقال له انفق أو طلق وأحب إلى أن تشتترط عليه النفقة بأذن سيده ووجه ذلك أن هذا من أحكام
 الزوجية فلزم الزوج العبد كالصداق وانما يستأذن السيد لتعلق حقه بمال العبد (مسئلة) فإن
 كانا عبيدين أو كانت الزوجة أمة ففي الواحدة أن على العبد النفقة على زوجته الأمة لا على سيده وروى
 أشهب عن مالك لا نفقة لها إلا أن تشتترط عليه وذكر ابن المواز عن مالك أن الأمة إن بوئت مع زوجها

الحر أو العبد فعليه نفقتها وكسوتها وان كانت عند أهلها فلا نفقة لها إلا أن تشترط ذلك عليه في عقد النكاح ثم قال أيضا ان كانت تبيت عنده بالليل خاصة فعليه نفقتها وكسوتها ثم قال لها النفقة بكل حال كانت تبيت عنده أو عند أهلها والى هذا رجوع ابن القاسم وروى ابن وهب عن مالك ان كانت هي تتيه فعليه النفقة وان كان هو يأتها في أهلها فلا نفقة لها وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك نفقة الأمة وكسوتها على أهلها وعندهم عدتها حتى يشترط ضمها اليه وعليهم أن يرسلوها اليه في كل أربع ليال ونفقة تلك الليلة ويومها عليه وان ردّها في صبيحة تلك الليلة أو تركها عندهم تلك الليلة فنفقة يوم وليلة من كل أربع ليال لازمة له وقال أصبغ النفقة عليه حيث كانت وهي مع أهلها حيث كانوا حتى يشترط ضمها اليه

(الباب الثاني فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نكاح)

أما ما يسقط النفقة عن الزوج فالطلاق البائن لأنه يمنع الاستمتاع بأي وجه وقع من عوض أو غير عوض وان كانت حاملا فلها النفقة من أجل الحمل لا من أجل الزوجية لقول الله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (مسئلة) وأما الناشز فقد قال القاضي أبو محمد لانفقة لناشر خلافا للحكم وعلى هذا شيوخنا العراقيون وأما المغاربة فقد قال محمد بن الموازي المرأة يغيب زوجها فتخرج من منزله وتأبى أن ترجع ويأبى أن ينفق عليها حتى ترجع قال مالك لها اتباعه بذلك وروى ابن سحنون عن أبيه في المرأة تهرب من زوجها الى تونس أو تنشر عنه الأيام فتطلبه بالنفقة فقال فعلت ذلك بعضة فيه فلها النفقة كالعبد إلا بقى نفقته على سيده قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان النفقة في مقابلة التمكن من الاستمتاع دون ملكه فاذا عدم التمكن لم تجب النفقة كالتنم والمثمن في البياعات ووجه القول الثاني ان النفقة في مقابلة الاستباحة فتى كان الاستمتاع مباحا وجبت النفقة في مقابلة ذلك ولا تسقط بمنع النكاح كما لا تسقط نفقة العبد إلا باق والله أعلم

(الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها)

فأما قدر النفقة وصفتها فقد روى ابن المواز وابن حبيب ان نفقة الزوجة بقدر العسر واليسر قال ابن القاسم ويراعى قدرها من قدره ويراعى غلاء السعر قال مالك وليس الموضع كغيرها ويفرض للرضع ما يقوم بهافي رضاعها (مسئلة) وليست النفقة بمقدرة خلافا للشافعي في قوله انها مقدرة معتبرة بحال الزوج خاصة فعلى الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد والدليل على ذلك ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال له نذبت عمته خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ومن جهة المعنى ان أحوال الناس مختلفة فاذا خالف حال الغنى حال المتوسط خالف أيضا حال الغنى حال غنى آخر دونه في الغنى لان الزوجة لها حق والنفقة تعلق بها فوجب أن يعتبر بحالها فيها كالمهر والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى ابن المواز عن مالك يفرض للمرأة مد بمدهم وان كل يوم وهو مد وثلاث بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقال ابن حبيب اتخذته هشام بن اسمعيل لفرض الزوجات فاستحسنه مالك ووجه ذلك أن هذا غالب أقوات الناس لان مد النبي صلى الله عليه وسلم لا يبلغ السعة من القوت والله أعلم قال ابن القاسم يفرض لها في الشهر وبيتان ونصف الى ثلاث وبيات قال ابن حبيب وفي الوبيات اثنتان وعشرون مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم قال وأرى القفين القرطي في الشهر ووسطا عندنا وفيه أربعة وأربعون مدافيهتمل أن يكون ذلك لان ابن القاسم انما فرض الوبيتين ونصفا

الى الثلاث بمصر وهي أرخص سعرا وأوسع عيشا واختار ابن حبيب القفيز بالاندلس وقد قال مالك ان الويتين وسط من الشبع بالمصار وذلك نحو القفيز القرطبي قال مالك وان مدا بمدا النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة لوسط من عيشهم فبين ان في البلد في ذلك تأثيرا راعى لان الناس انما يحملون على عاداتهم في سعة الأقوات وضيقها فلو ألزم رجال المدينة أقوات أهل الآفاق لاجحف ذلك بهم ولو قصر نساء أهل الآفاق على أقوات أهل المدينة لاضر ذلك بهن فكل يحمل على عادته وما ألف من قوته قال ابن القاسم ان كان ممن له السعة يد عليه وان كانت سعته أكثر من ذلك زيد عليه أكثر من ذلك حتى الخادم ونفقها قال ابن المواز واذا كان العيش البر فالأقل مما تعيش به وتختلف أحوال الناس في ذلك فيكون الرجل يعمل بيديه ويقل كسبه فيفرض عليه بمصر وبيتان في الشهر فأشار الى ان ذلك من أقل أقوات أهل مصر (مسئلة) هذا أصل القوت ويضم الى ذلك درهم الطحين والخبز والخطب والماء والزيت قال ابن حبيب وغسل ثوب وخل ولا يفرض على أهل السعة اللحم كل ليلة ولكن المرة بعد المرة قال ابن حبيب ولا يفرض لها فاكهة ولا صبر ونحوه ولا ينقص من هذا لفقرهما ولا يزداد عليه لغناهما اذا نشأ حار يد والله أعلم ان هذه وجوه لا بد من استيعابها بالاتفاق ولا يضاف اليها غيرها وان وقعت الزيادة والنقص في معتاد على ما قاله ابن القاسم وقد سرف ذلك ابن المواز فقال ويضاف لذلك حناء لمشط رأسها ودهن وسراجها وقال ابن حبيب دهن لرأسها وسراجها ابن المواز وهذا اللوسر والمعسر الا ان الموسر يزداد عليه بقدره من قدره يريد في مقادير هذه الأشياء قال فان كان العسر بينا فالأقل مما تعيش به وتختلف في ذلك أحوال الناس قال ابن حبيب لها في الشهر من الزيت نصف ربيع ومن الخل ربع ومن اللحم على الملى بدرهم في الجمعة ودريهمان أو ثلاثة في صرهما من ماء وغسل ثوب وطحن وخبز وغيره وروى أشهب عن مالك ان أراد ان يطعمها الشعير فان كان الناس قدأكلوه فذلك له وان كان القمح هو الذي يؤكل فذلك عليه ومعنى ذلك ان يكون الشعير قوت أهل ذلك البلد أو يقل القمح ويعز لغلاء السعر حتى يأكل أكثر الناس الشعير ممن هو في منصبه وعلى مثل حاله فهذا له أن ينفق الشعير وان كان البلد قوت أهله القمح وكان وقت خصب فأراد أن يختص بالشعير لم يكن له ذلك (مسئلة) وأما الثياب فهي على ضربين ثياب لباس وهي ما تنتقل بانتقالها وثياب تلبس على وجه التغطية والغطاء والفرش واسم اللباس أظهر في الأول فقد قال ابن حبيب عليه قميص وفر ولشتاها من لباس مثلها من جوارب أو فئلات وقمص يوار به ومقنعة وان لم تكن فخار وان لم يكن فازار وخفان وجوربان لشتاها وقال ابن المواز عليه في اللباس بقدرها من قدره من غير خبز ولا وثنى ولا حرير يريد وان كان متسعا فعليه ما يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبة وخار ومقنعة وسنبتية وازار وغير ذلك مما لا غنى لها عنه وان كان مثلها يلبس القطن ومثله يقدر عليه فرض عليه وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في العتبية في الموسر له زوجة ذات شرف فليفرض عليه من الثياب الوسط مما لا يعيرها اذا لبسته ولا يحجب بماله ولا يلزمه من العصب الا غليظه وكذلك من الشطوى والخز قال يحيى بن يحيى يعني في بلد يكون شيء من ذلك لباسهم ويكون ما يفرض على مثله في قدر ماله قال أشهب منهن من لو كساها الصوف أدب وذلك على أقدارهن قال مالك ليس الصوف من لباسهن ولكن يحكم بما يرى انه من لباسها والذي ذكره ابن حبيب من الفرو والقميص عليه انما ذلك لانه كان يرى بلده في ذلك الوقت وانما يتبع في ذلك زى الناس في وقت الحكم ولا يخرج مع ذلك عما تقدم من أقوال العلماء (مسئلة)

وأما الوطاء والغطاء والفرش فقد قال ابن حبيب ان كانت حديثة عهد بالبناء وعندها شورتها من صدقها فلا شيء عليه وله أن ينتفع معها بأزرها وبسطها ومراقفها وسائرها قال أصبغ انما يفرض ذلك للتي لا شورة لها ولا شيء معها قال ابن حبيب فان طال العمر وخلقت الشورة أو لم يكن في صدقها ما تتشور به فعليه الوسط من ذلك للصيف والشتاء يفرض لها فراش ومرفقة وازار وحافى ولبد للشتاء وسريران كان بموضع يحتاج اليه لبراغيث أو فأراً وغير ذلك والا فلا سرير عليه وذكر ابن المواز عن ابن القاسم مثله الا اللبد فلم يذكره قال ابن حبيب عليه حصير من حلفاء أو بردى يكون تحت الفراش ومعنى ذلك كله ان هذا الأصل في كسوتها فيزاد في الجودة وينقص من ذلك على قدر حالها وحاله والله أعلم (مسئلة) قال ابن المواز وعليه خمار رأسها قال ابن حبيب وعليه دهن رأسها وشرء حناء ومشط وكحل وروى ابن المواز عن ابن القاسم ليس عليه نضوخ ولا اصباغ ولا المشط ولا المكحلة وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب لها الحناء لرأسها وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليمين والرجلين الا أريشاء * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها الا ما تستضر بتركها اياه كالكحل الذي يضر تركه ببصر من يعتاده والمشط الذي بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك لان ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه والذي نفي ابن القاسم انما هو المكحلة ولم ينف الكحل نفسه فتضمن القولان ان الكحل يلزمه دون المكحلة وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الحالكم خير بين أن يأخذ بهذه الأشياء أو بأثمانها وذلك لانه يحتاج الامام الى أن يجتهد في صفاتها ان حضرت كما يحتاج أن يجتهد في قيمتها وان غابت فأى ذلك كان أسهل عليه وأقرب تناولا وأبين وصولا الى الحق أخذه وكان الاختيار في ذلك اليه لانه هو الذي يقصد العدل في ذلك فله أن يصل اليه بأى وجه أمكن له وأيسر عليه (فرع) ولكم يفرض لها عليه قال ابن سحنون عن أبيه ان ذلك بقدر ما يرى السلطان من جدته فن الناس من يجرى عليها يوما بيوم ومنهم جعة بجمعة ومنهم شهر بشهر (مسئلة) واداولدت المرأة فقد قال أصبغ أجز القابلة على الزوج وقال ابن المواز ان كانت المنفعة للمرأة فذلك عليها وان كانت للولد فذلك على الأب وان كانت لهما فذلك بينهما * قال القاضي أبو الوليد أيده الله وأظهر قول ابن حبيب لانهما من المؤن التي لا تستبد عنها الزوجية غالباً واداء وجبت عليه النفقة والكسوة والمرأة تنفرد بالمنفعة ذلك فبأن يجب عليه ذلك ولا تنفرد المرأة بمنفعته أولى ولذلك ينفق على الحامل بسبب الحمل وان كان معظم المنفعة للحامل وليس عليه أجز الحجامه ولا الطيب قاله ابن حبيب وذلك انها من المؤن التي تندر وانما يلزم الزوج مالا تستبد منه من المؤن المعتادة كالطعام والشراب ولذلك لم تلزمه الفاكهة لما كانت مما تستبد عنها من المؤن وتستغنى عن استعمالها (مسئلة) وعليه اخداها ان كانت ممن لا تخدم نفسها لحالها وغنى زوجها وليس عليها من الخدمة الباطنة في بيتها شيء والخدمة الباطنة هي العجن والطبخ والكس والفرش وسقى الماء اذا كان معها وعمل البيت كله وعليه أن يخدمها وان كانت من أهل الضعة وليس في صدقها ما تشتري به خادماً فليس على الزوج أن يخدمها وعليها الخدمة الباطنة وأما الغزل والنسيج فليس له ذلك عليها بحال الا أن تطوع وان كان الزوج ملياً الا أنه في الحال مثلها ما لم يكن من أشرف الرجال الذين لا يمتنون نساءهم في الخدمة وان كان الزوج معسراً فليس عليه اخداها وان كانت ذات قدر وشرف وعليها الخدمة الباطنة كالدنية ووجه ذلك ان الخدمة جارية

على المعتاد من الأحوال واعتبار حال الزوج في ذلك أولى لان المنزل له والحال جارية على قدره وحال النساء في ذلك اعتبار فان كانا رقيقا الحال فالخدمة ساقطة وان كان هو شريفا رفيع الحال فلا خدمة عليها وان لم يكن كذلك وكان غنيا روي في هذا شرفها مع غناه فلها الخدمة وان كان فقيرا لم ينفعها شرفها وكانت الخدمة عليها ذكر معنى ذلك كله ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) والذي يلزمه من الخدمة الانفاق على خادمها وان قال أنا أدفع اليها خادما ولا أنفق على خادمها ولم ترض هي الا بخادمها فذلك لها ويلزمه أن ينفق عليه وان لم يخدمه رواء ابن المواز عن مالك ووجه ذلك ان خادمها أطوع لها وخدمة خادمها أرفع حالها فليس عليه أن يضربها في ازالها عنها وابدالها بغيرها (مسئلة) اذا كان مثلها لا تكفيها خادم واحدة وحاله يحمل لزمه أن يخدّمها خدمة مثلها خلافا لأبي حنيفة والشافعي لقوا تعالى وعاشروهن بالمعروف ومن جهة المعنى أن خدمة الثانية خدمة تحتاج الزوجة اليها مع أن حالها يليق ذلك بهما فكانت لازمة للزوج تخدمه الخادم الاولى

(الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالاعسار عن ذلك)

مذهب مالك رحمه الله ان الاعسار بالنفقة والمؤنة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه وبين أن تقيم معه بلانفقة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يفرق بينه وبين امرأته بذلك والدليل على ما نقوله ان هذا نوع ملك تستحق به النفقة فكان للاعسار بها تأثير في ازالته كملك المين (مسئلة) وان أعسر بمثل قوتها غير أنه يجد أدنى من ذلك مثل أن تكون المرأة ذات الحال والشرف ممن لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش فاعدم الزوج حتى لا يجد الا كسوة دينية وقوتادون قوت خادمها من قح أو شعير أو سلت غير مأدوم روي يحيى عن ابن القاسم في العتية لا يفرق بينهما ورب بلد لا ينفق فقيهم وغنيم الا لشعير وقال ابن حبيب ان لم يجد الا الخبز ونحوه وما يوارى عورتها ولو بثوب واحد قال مالك من غليظ الكتان لم يفرق بينهما كانت غنية أو فقيرة ووجه ذلك انه اذا اضطر لعسره الى أن ينفق قوتا ليس من أقواتها فليس ذلك مما يوجب لها الخيار لانه واجد لقوت معتاد وانما يجب لها الخيار اذا لم يجد قوتا معتادا (مسئلة) فان عدم أحد الأمرين النفقة أو الكسوة ووجد الآخر فقد قال ابن وهب يفرق بينهما رواء ابن حبيب عن مالك ومعنى ذلك ان طلبته ووجه ذلك انه معسر بما يلزمه لها بحق الزوجة (مسئلة) وان أعسر بالصدق قبل البناء قال سحنون أو ببعضه فلها الخيار ووجه ذلك ان المهر أكثر اختصاصا بالنكاح من النفقة لانه عوض البضع ثم ثبت وتقرر أن لها الخيار بالاعسار بالنفقة فبان يكون الخيار بالاعسار بالمهر أولى وأحرى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان أعسر بالنفقة واختارت الفرقة فقد روي مطرف عن مالك يؤجل الشهر والشهرين قال أصبغ ان لم يطعم له مال فلا يؤجل الا الشهر لا يبلغ الشهرين وقال القاضي أبو محمد قيل يؤجل الشهر وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها وهذه الرواية رواها ابن حبيب عن مالك انه قال وما علمت انه يضرب أجل في النفقة الا الأيام اليسيرة قال محمد وقول أصحابنا فيه الشهر وقاله مالك وقال ابن وهب ويستأى لمن لم يجد الكسوة شهرين وهذا كله على قدر الاجتهاد من الحاكم فيؤجل للذي يرجوه احرار النفقة مالا يؤجل لمن لا يرجوه أو لمن يضعف فيه الرجا مالم يضرب ذلك بالمرأة اضرا كثيرا وعدم بعض الأشياء أجح من عدم بعض وقد روي عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب عن مالك في واجد النفقة دون

﴿ عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا ﴾ (١٣٢) * حدثني يحيى عن مالك عن عبد ربه بن سعيد

الصدّاق يؤجل في الصداق ثلاث سنين وقال أيضا ستمين قال ابن حبيب عن أصبغ وان عجز عن النفقة والصدّاق لم يوسع له في أجل الصداق وهذا كله على ما تقدم والله أعلم (مسألة) وهذا اذا تزوجته على الفنى أو تزوجته عاتمة بأنه محتاج الآن تكون عرفت بأنه سائل يتكفّف الناس فلا حجة لهارواه ابن المواز عن مالك قال ابن حبيب عن مالك أو علمت انه فقير لا يجرى النفقة على النساء لفقره فلا قول لها قال القاضي أبو محمد وجه ذلك انها راضية به فبقيت على معرفتها بحاله كمشتري السلعة بها عيب يعامله فلا رد له به (مسألة) اذا حكم عليه بالفرقه ففهي فرقة بعد البناء لم يستكمل بها عدة الطلاق ولا كانت لعوض ولا لضرر بالزوج فكانت رجعية أصل ذلك طلاق المولى وصحّ رجعت معتبرة ييسره فان ارتجع كانت رجعية موقوفة أن ييسر في العدة صحّ رجعت وان لم ييسر حتى انقضت العدة بطلت الرجعة وبانت منه بانقضاء العدة والله أعلم

﴿ عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا ﴾

ص * مالك عن عبد ربه بن سعيد بن قيس عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين وقال أبو هريرة اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسأها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فخطبت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلى بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يؤثروه بها فاجأت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فخطبت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلى بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يؤثروه بها فاجأت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الأنصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت * ش قول أبي هريرة وعبد الله بن عباس في الحامل برأيهما دون نص ولم تنكر عليهما أم سلمة ولا أبو سلمة ولا أحد دليل على الاجماع بالقول بالأي والقياس فيما لم يكن عندهم فيه نص ولو كان عند أبي هريرة النص الذي أظهرته أم سلمة لا حجة به كما احتجبت به أم سلمة لانهم إنما كانوا يبيدون في احتجاجهم بالنص ولو احتج به أبو هريرة رجعت عبد الله بن عباس عن مخالفته وترك معارضته كما مسك عن المراجعة لما ورد عليه النص ولذلك روى عن ابن عباس انه رجع الى القول بحديث سبعة وهي سبعة بنت الحارث الأسلمية ان الحامل تحل بالوضع وبه قال علماء الأمصار ولا نعلم فيه خلافا لما روى عن ابن عباس وقد رجع عنه وقد روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه رواه الأعمش عن أبي الضحى عن مسروق قال بلغ ابن مسعود أن عليا يقول هي لآخر الأجلين يعنى الحامل المتوفى عنها زوجها فقال ابن مسعود من شاء لاعنتان هذه التي في سورة النساء القصص وأولات الأجلين أن يضعن حملهن نزلت بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وليس بين الحديث والآية تناف لان المراد بالآية من ليس بحامل بدليل ان الحمل استمر بها أكثر من أربعة أشهر وعشرا لم تنقص العدة بأربعة أشهر وعشرا فتضمنت الآية حكم الحامل والحديث تضمن حكم الحامل وهو من آخر ما حكم به النبي صلى الله عليه وسلم لان سبعة الأسلمية كانت تحت سعد بن خولة فتوفى عنها بمكة في حجة الوداع وأما عبد الله بن مسعود فذهب الى معنى النسخ ولذلك قال أنزلت الآية التي في سورة

ابن قيس عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن أنه قال سئل عبد الله بن عباس وأبو هريرة عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها فقال ابن عباس آخر الأجلين وقال أبو هريرة اذا ولدت فقد حلت فدخل أبو سلمة ابن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فسأها عن ذلك فقالت أم سلمة ولدت سبعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل فخطبت الى الشاب فقال الشيخ لم تحلى بعد وكان أهلها غيبا ورجا اذا جاء أهلها أن يؤثروه بها فاجأت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال عبد الله بن عمر اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الأنصار كان عنده أن عمر بن الخطاب قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت

* وحدثنى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الاسمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لهارس رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلت (١٣٣) فانكحى من شئت * وحدثنى عن مالك عن

يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت للزواج وقال ابن عباس آخر الأجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فبعثوا كريما مولى عبد الله بن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الاسمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا * ش قوله إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت يريدان تنقض ولادتها فان كان الولد واحدا حلت بتمام ولادته وان كان توأمين فولدت أحدهما لم تنقض عدتها الا بوضع الثاني قال أشهب وتنقض العدة في الوفاة بوضع العلق والمضغة وأما الدم المجتمع فلا تنقض به عدة وقال مالك في المدونة وما ألقته المرأة من مضغة أو علق أو شيء يستيقن انه ولد فانه تنقض به العدة وتكون به الامه أم ولد وليس هذا بخلاف لقول أشهب لأنه أراد به الدم السائل الذي جرت العادة أن تقذفه الارحام من حيض أو غيره ما يعلم انه ليس بولد ولا يعلم انه ولد وأما العلقه تقع به ابراء الرحم فانها ليست بدم سائل بل هو مجتمع على صفة يعلم بها انها ولد

* وحدثنى يحيى عن مالك عن سعيد بن اسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريرة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن يرجع إلى أهلها في بني خدره فان زوجها خرج في طلب أعبله أبقوا حتى إذا كانوا بطرف

مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن يرجع إلى أهلها في بني خدره فان زوجها خرج في طلب أعبله أبقوا حتى إذا كانوا بطرف

النساء القصرى وأولات الأحبال أجلهن أن يضعن حملهن بعد التي في البقرة والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقد مننا القول في ذلك بما تقتضيه أصول أصحابنا والله أعلم وأحكم (فصل) وسؤال أبي سلمة عن ذلك أم سلمة لما رجا أن يكون عندها من العلم في ذلك فكان الأمر على ما ظننه وأخبرته ان سبيعة الاسمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها قد حلت فانكحى من شئت وأخبر صلى الله عليه وسلم انها قد حلت بالولادة حلا تستباح به نكاح من شاءت وأما ما رجاه أبو السنا بل قيل اسمه بعكك بن الحاج العبدري من أن يؤثره بهامن غاب من أهلها إذا قدموا فاعما معناه ان يصرفوا رغبتها عنه إلى الرغبة فيه لا انهم يملكون اجبارها على ما لا تريده من ذلك والله أعلم (فصل) وقول عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها لم يدفن بعد حلت يريدان ولادتها إذا كانت بعد وفاته ولو قبل ان يدفن فقد فات ولا يراعى في ذلك مضي مدة وانما تراعى ولادتها بعد وفاته ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن المسور بن مخرمة أنه أخبره أن سبيعة الاسمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فقال لهارس رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلت فانكحى من شئت * مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال أبو سلمة إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت للزواج وقال ابن عباس آخر الأجلين فجاء أبو هريرة فقال أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فبعثوا كريما مولى عبد الله بن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فجاءهم فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الاسمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حلت فانكحى من شئت * قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم عندنا * ش قوله إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت يريدان تنقض ولادتها فان كان الولد واحدا حلت بتمام ولادته وان كان توأمين فولدت أحدهما لم تنقض عدتها الا بوضع الثاني قال أشهب وتنقض العدة في الوفاة بوضع العلق والمضغة وأما الدم المجتمع فلا تنقض به عدة وقال مالك في المدونة وما ألقته المرأة من مضغة أو علق أو شيء يستيقن انه ولد فانه تنقض به العدة وتكون به الامه أم ولد وليس هذا بخلاف لقول أشهب لأنه أراد به الدم السائل الذي جرت العادة أن تقذفه الارحام من حيض أو غيره ما يعلم انه ليس بولد ولا يعلم انه ولد وأما العلقه تقع به ابراء الرحم فانها ليست بدم سائل بل هو مجتمع على صفة يعلم بها انها ولد

* مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل *

ص * مالك عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريرة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن يرجع إلى أهلها في بني خدره فان زوجها خرج في طلب أعبله أبقوا حتى إذا كانوا بطرف

القدم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع الى أهلي في بني خدره فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمرني فنوديت له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشر اقلت فلما كان عثمان بن عفان أرسل الى فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به ش قوله صلى الله عليه وسلم للفرقة نعم لتنتقل الى بني خدره في عدتها من وفاة زوجها ثم استرجعها بعد ذلك فلما رددت عليه القصة منعها من ذلك وأمرها أن تمكث في بيتها حتى تنقضي عدتها فيحتمل أن يكون علي وجه النسخ للحكم الاول ويحتمل أن يكون اعتقد أولا في قولها أن زوجها لم يتركها في مسكن يملكه ولا يملك سكنه وكان لفظها محتملا لذلك فأمرها بالانتقال على ذلك ثم رأى أن لفظها محتمل فاسترجعها وأمرها بأن تعيد عليه قصتها فتبين له من اعادتها انها نفت أن يكون ترك منزل يملك رقبته وانها مع ذلك في منزل قد ملك زوجها سكنه اما بكثرة أو بهبة أو وجه من الوجوه فأمرها بالمقام واتمام العدة فيه (مسئلة) فاذا كان الزوج يملك رقبه المسكن فان للزوجة العدة فيه وعليه أكثر الفقهاء مالك وأبو حنيفة والشافعي والاوزاعي والثوري وغيرهم وبه قال عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وأم سلمة وروى عن ابن عباس وعائشة وجابر بن عبد الله تعمد حيث شئت والدليل على صحة القول الاول حديث الفرقة وأمره صلى الله عليه وسلم لها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله وأنها امتثلت ذلك بان اعتدت فيه عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وهذا حديث ثابت رواه عن سعيد بن اسحق مالك والثوري وهيب بن خالد وحماد بن زيد وعيسى بن نونس وعدد كثير وابن عيينة والقطان وشعبة وقدره مالك عن ابن شهاب لم يرو عنه غيره وقد أخذ به عثمان بن عفان وقال القاضي أبو اسحق وهو الناسخ لقول الله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهن مما تركن لهن وهو النسخ لقول الله عز وجل والذين يتوفون منكم من حكمها المسكن للزوجة كالمطلقة قال القاضي أبو اسحق وانه قد احتيط في عدة المتوفى عنها زوجها أكثر مما احتيط في المطلقة لكون من كان يطلب بالنسب فثبتت عدة المتوفى عنها زوجها في حكم غير المدخول بها ولم تثبت عدة المطلقة بها في غير المدخول بها وجعلت عدة المتوفى عنها زوجها الشهر ودون الحيض احتياطاً عليها لان الشهور يظهر أمرها والحيض يخفي أمره ثم ثبت وتقرر أن السكنى مراعى في المطلقة حفظاً للنسب فبان تثبت في حكم المتوفى عنها زوجها أولى وأحرى وهذا معنى ما أشار اليه القاضي وبما وصلته بماية الله أعلم (فرع) وهل يجوز بيع الدار اذا كانت للمتوفى وأراد ذلك الورثة الذي عليه جمهور أصحابنا أن ذلك جائز ويشترط فيه العدة للمرأة قال ابن القاسم لانها أحق بالسكنى من الغرماء وقال محمد بن عبد الحكم البيع فاسد لانها قدر تاب ففتدعتها وجه قول ابن القاسم ان الغالب السلامة والرياسة نادرة وذلك لا يؤثر في فساد العقود لاسيما اذا كان القصد لا يؤثر في ذلك ووجه قول ابن عبد الحكم ان اختلاف مدة القبض اذا كان فيها تفاوت أثرت في فساد العقد كما لو كانت السكنى لغير الزوجة (فرع) فان وقع البيع فيه بهذا الشرط فارتابت قال مالك في كتاب محمد بن أحمد في المقام حتى تنقضي الريبة وأحب البنا أن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع وامضائه ولا يرجع بشئ لانه داخل في العدة المعتادة ولو وقع البيع

القدم لحقهم فقتلوه
قالت فسألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن
أرجع الى أهلي في بني
خدره فان زوجي لم
يتركني في مسكن يملكه
ولا نفقة قالت فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم
نعم قالت فانصرفت حتى
اذا كنت في الحجرة
ناداني رسول الله صلى
الله عليه وسلم وأمرني
فنوديت له فقال كيف
قلت فرددت عليه القصة
التي ذكرت له من شأن
زوجي فقال امكثي في
بيتك حتى يبلغ الكتاب
أجله قالت فاعتددت
فيه أربعة أشهر وعشرا
قالت فلما كان عثمان بن
عفان أرسل الى فسألني
عن ذلك فأخبرته فاتبعه
وقضى به

بشرط زوال الرية كان فاسدا وقال سحنون لاحبة للشترى وان تبادت الرية الى خمس سنين
لانه دخل على العدة والعدة قد تكون خمس سنين ونحوه هذا روى أبو يزيد عن ابن القاسم وهذا
عندي على قول من يرى للبتاع الخيار وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط والله أعلم ووجه
قول مالك أن البيع يصح لانه انعقد على المعتاد من العدة فان أتى من الرية غير المعتاد كان له الخيار
ووجه قول سحنون انه انما دخل على أقصى أمد الحل فان انقضت العدة قبل ذلك فلا رجوع عليه
والله أعلم (مسئلة) وان كان السكنى للزوج دون الرقة فلها السكنى في مدة العدة خلافا
لابي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال للفريرة بنت مالك
وقد علم أن زوجها لم يملك رقة المسكن أمكن في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ولا يمكن أن يأمرها
بذلك اذا لم يملك الزوج الرقة ولا السكنى وكانت الدار لمعين للاجتماع على أنه ليس لها ذلك ولا يحمل
على أن المنزل كان لها أولا لما روى وهب بن خالد أنها قالت أن زوجها لم يدع منزلا يملكه ولا نفقة واني
امرأة شاسعة الدار فان رأيت أن أتحول الى أهلي وجيرانى أو قالت أهلى وأهل دارى وهذا يدل على
أنها لم تكن لها دار ولا جيران هناك وروى معمر عن الزهري أنها ذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم
أن زوجها قتل وأنه تركها في مسكن لها واستأذنته في الانتقال وذكر الحديث ومن جهة المعنى انه
ترك دار سكنى يملك سكنها ملكا لاتباعه عليه فيه فلزم أن تعتد الزوجة فيه أصل ذلك اذا ملك رقتها
(مسئلة) واذا كان قد أدى الكراء فان كان لم يؤده فالذى في المدونة انه لا سكنى لها في مال الميت
وان كان موسرا وروى محمد عن مالك الكراء اللازم لبيت في ماله ولا تكون الزوجة أحق بذلك
وتحاص الورثة في السكنى والورثة اخرجها الا أن يحب أن تسكن في حصتها ويؤدى كراء حصصهم
ووجه ذلك ان حقها انما يتعلق بما يملكه من السكنى ملكا تاما وانما ملك العوض الذى بيده ولا حق
في ذلك للزوجة الا بالميراث دون السكنى لان ذلك مال وليس بسكنى واذا ملك السكنى ملكا تاما تعلق
حق الزوجة به والله أعلم (مسئلة) وان رضى الورثة في مدة الكراء وأهل الدار بعد انقضاء مدة
الكراء أن يأخذوا منها الكراء ويقروها على السكنى لم يكن لها الخروج قال في المدونة الآن
يطلب منها ما لا يشبه من الكراء فلها الخروج ووجه ذلك ان السكنى لها لازم في ذلك المسكن وانما
للورثة وصاحب الدار في الدار حق تقدم على حقها لانه حق متعلق بعين الدار فاذا أسقطوا حقهم
ذلك ورضوا بعوضه على المعتاد لم يمتنع في ذلك المقام فان كان نقدي بعض الكراء فلها السكنى في جميع ما تقدم
فيه وهي في باقي المدة مما لم ينفق فيها على ما تقدم (مسئلة) ولو كان قد طلقها واحدة أو البتة قال
في المدونة واحدا بائنا أو ثلثا ثم مات في العدة فقد لزمت السكنى وهو في ماله وان لم يكن نقد وروى ابن
نافع في المدونة أنه كالتوفي عنها زوجها ولم تطلق وجه القول الأول انها مطلقة فثبت لها حكم السكنى
وانما تعتد عدة المطلقة فثبت لها في السكنى حكم المطلقة ووجه الرواية الثانية ان ملكه قد زال عن ماله
فلم تلزمه النفقة في السكنى أصل ذلك التي لم تطلق (مسئلة) وهذا اذا ملك السكنى لمدة معينة
بكراء أو اسكان مثل أن يسكن عشرة أعوام فيتوفى عند انقضائها أو قبل انقضائها بشهر فان
لصاحب الدار ولبن صارت اليه السكنى بعد تلك المدة اخرجها منها وفي وثائق أبي عبد الله بن العطار
أن هذا حكم زوجة امام المسجد يموت وهو ساكن في دار المسجد لانه انما يسكنها على سبيل الأجرة ففى
تخرج من الدار بعد وفاة زوجها ان أحب أهل المسجد (فرع) هذا المشهور من قول أصحابنا
وقد ذكر بعض القرويين ان هذا انما هو اذا كان الكراء كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا وأما

إذا وقع الكراء على سنة بعينها فسواء نقدا لكراء أو لم ينقد المرأة أحق بالمسكن وذكر عن أبي قرة عن مالك أنه فرق بين أن يكون الكراء كل سنة بكذا وبين أن يكبرها سنة بعينها وهذا مخالف لما تقدم من رواية ابن المواز واختار الشيخ أبو محمد عبد الحق رواية أبي قرة (مسئلة) وإن كان السكنى غير مقدر مثل أن يسكن الدار حياته ثم هي حبس على غيره بعده فأتى الأول فقد قال مالك لأرى للذي صارت إليه الدار أن يخرجها حتى تنقضي عدتها وكذلك قال ابن القاسم في الأمير يموت وهو ساكن في دار الإمارة ووجه ذلك أن الاسكان لما تضمن الحياة إلى حين وفاته تضمن ما يلزم من السكنى بعد وفاته وأما من أسكن مدة مقدره فلم يتضمن اسكانه ذلك لأن هذه المدة يصح أن تنقضي في حياته والله أعلم

(فصل) وقولها لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة يحتمل أنها اعتقدت أن المتوفى عنها زوجها نفقة في ماله ويحتمل وهو الأصح عندي أنها جعلت ذلك من عذر هافي الانتقال إلى بني خدره قومها لأن اكسابها نفقتها والتسبب فيها هناك أمكن لها حين لم يكن زوجها ممن تركها لا تنفق على نفسها ميراثها منه ولذلك لم يستدع معارضته من حالها إلا الانتقال إلى قومها (مسئلة) والمتوفى عنها زوجها لا نفقة لها وإن كانت حاملا قال القاضي أبو محمد لأن نفقة الحمل ليست بدين ثابت فيتعلق بماله بعد موته بدليل أنه يسقط عنه بالأعسار فإن يسقط بالموت أولى وأحرى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم مكى حتى يبلغ الكتاب أجله يحتمل أنه أمرها بذلك لما كان زوجها قد أدى كراء المسكن أو كان أسكن فيه إلى وفاته أو أن أهل المنزل أباحوا لها العدة فيه بكراء أو بغير كراء أو ما شاء الله تعالى من ذلك مما رأى به أن المقام لازم لها حتى تنقضي عدتها وذلك للمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر والأصل في ذلك قول الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (فرع) ومن مات أو طلق من تعد بالشهور فقد روى ابن المواز عن مالك تعد إلى مثل تلك الساعات التي مات فيها أو طلق ثم رجع فقال أرى أن تلغى ذلك اليوم قال وتحصى ما بقي من هذا الشهر وتحسب بعد تمامه بالأهلة بالوفاة وتتم على بقية الشهر الأول ثلاثين يوما كان تاما أو ناقصا ثم عشرة أيام (مسئلة) وعدة الوفاة تلزم الحرة والامة والصغيرة والكبيرة والتي لم تبلغ حد الحيض والتي حاضت واليائسة من الحيض دخل بها ولم يدخل وعدة جميعهن على ما قدمناه أربعة أشهر وعشرا والامة فعدتهما من الوفاة شهران وخمس ليال إذا كانت ممن تحيض فإن كانت ممن لم تحض أو يائسة من الحيض فقد قال مالك عدتهما ثلاثة أشهر قال أشهب الآن يؤمن من مثلها الحمل فتستبرأ بشهرين وخمس ليال وروى ابن المواز عن مالك أن عدة الامة في الوفاة شهران وخمس ليال إن مرت في ذلك بوقت حيضتها لحاضت وإذا لم يمر بها وقت حيضتها فعدتهما ثلاثة أشهر ولو مر عليها في الثلاثة الأشهر وقت الحيضة فلم تحض رفعت إلى التسعة أشهر كالخبرة وجه القول الأول أنها إذا كانت ممن لا تحيض فلا تبرأ بأقل من ثلاثة أشهر لقول الله تعالى واللاتي يئسن من الحيض من نساكن ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن وهذا عام في المطلقة وغيرها ويجب أن يكون هذا مبنيا على قول من راعى الحيضة في مدة العدة على كل حال فإن عدمت الحيضة فلا يبرأها إلا ثلاثة أشهر ووجه قول أشهب أن الشهرين وخمس ليال عدتها لانها على النصف من عدة الحرة كالاقراء لما كانت أصلا في عدة المطلقة كانت الامة في ذلك على النصف من عدة الحرة غير أنها إن كان يخاف عليها الحمل أكلت الشهور الثلاثة لانه لا يتبين حملها في أقل من

ثلاثة أشهر ووجه القول الثالث قول مالك ما قال عنه بعض أصحابه اننا لم نجد في الاصول رجاءاً من وطء بغير حيض ممن يمكن منها الحل بأقل من ثلاثة أشهر (مسئلة) فان كانت من حيض كل شهر فلم تحض في مدة العدة فهذه ربيبة على رواية ابن المواز وغيره عن مالك ترفع الى تسعة أشهر حرة كانت أو أمه ورواه عن ابن القاسم ومطرف وأصبع وروى سحنون وابن حبيب عن أشهب وابن الماجشون تبرأ الحرة بانقضاء الاربعة الأشهر والامة بانقضاء ثلاثة أشهر ووجه القول الأول خلافاً لأبي حنيفة والشافعي ما قال القاضي أبو محمد من انها انثى من ذوات الاقراء لم تتبين براءة رجها فلم تبرأ الا بالحيض أو التربص القائم مقام الحيض كالمطقة ووجه القول الثاني قوله تعالى يترى بصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ولم يعتبر حيضاً ولا غيره ولان الاستبراء اذا تعلق بالشهور وكانت أصلاً لم يعتبر بالحيض كالتى لم تحض (مسئلة) فان كانت من حيض من ستة أشهر أو خمسة الى مثلها فانقضت عدتها من الوفاة فلم يأت فيها وقت حيضتها قال مالك في كتاب ابن سحنون وابن المواز انها قد حلت وان قرب وقت حيضها وقال ابن القاسم في العتية ينظر اليها النساء فان لم يربن بهار ربيبة حلت وروى أشهب عن مالك انه قال لابن كنانة تقيم حتى تحيض ثم رجع مالك الى ما ذكرناه وجه الرواية الأولى ما قال القاضي أبو محمد ان سبب تأخير الحيض العادة لا الربيبة وكانت كالتياسة * قال القاضي أبو الوليد وعندي انها مبنية على ان الحيض لا يراعى في مدة الحيضة وانما استبرأ بغير العادة من غير أن يكون شرطاً في تمام العدة ووجه الرواية الثانية ان ذلك مبني على أن الحيضة تراعى في تمام العدة كالتى تحيض كل شهر (مسئلة) وهذا في المدخول بها أو ما غير المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد تبرأ بمضى المدة وان تأخر حيضها والذي روى ابن المواز وسحنون عن مالك في المدخول بها وغير المدخول بها تعتد أربعة أشهر وعشراً الآن ترتب احداهما بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر لأنه غالب أمداً الحل فحل الآن تحسن تحريكاً بكتفيم الى عصى أمداً الحل والله أعلم (مسئلة) فان كانت عادت بها بالحيض كل شهر فلم تحض في الاربعة أشهر والعشرة أيام الا حيضة واحدة قال القاضي أبو محمد ان ذلك يجزئها وروى ابن سحنون وابن المواز عن مالك الآن ترتب احداهن بتأخير الحيضة عن وقتها فترجع الى تسعة أشهر الحرة والامة غير انهما قد روي عن مالك انه قال بان ذلك الآن تحيض الحرة قبل التسعة وبعد الاربعة أشهر وعشراً والامة بعد شهرين وخمس ليال فحل حينئذ فيحصل أن يريدان الربيبة انما تكون بتأخير الحيض كله في مدة العدة وبمحتمل أن يريدان الربيبة تحصل بتأخير الحيضة الاخيرة الا ان الحيضة الواحدة بعد أربعة أشهر وعشراً ترى لانها جاءت في وقت الربيبة لا في وقت العدة (مسئلة) وأما المستحاضة فعدتها في الوفاة حرة كانت أو أمه تسعة أشهر لان الاستحاضة ربيبة بانقطاع الحيض فكما ان المرتابة بانقطاع الحيض في عدة الوفاة ترفع الى تسعة أشهر فكذلك المرتابة بالاستحاضة اعتباراً بتساويهما في عدة الطلاق (مسئلة) وأما الكتابية فان كانت غير مدخول بها ففي المدونة انه لا عدة عليها وهذا يقتضى أن تزوج مسلماً وغيره اثر وفاته لانه اذا لم يكن عليها عدة للوفاة ولا استبرأ للدخول فقد حلت للزواج وأما المدخول بها فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما انها كالمتسعة قال مالك تجبر على العدة وتمنع من النكاح وعليها الاحداد والرواية الثانية انها تستبرأ رجها بثلاثة أشهر ومعنى ذلك على ما قاله ابن القاسم في المدونة ان ذلك اذا أراد أن يتزوجها مسلم قال القاضي أبو محمد والقول في الكتابية التى لم يدخل بها على هاتين الروايتين فوجه الرواية الأولى قول الله

تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا تربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وهذا عام في المسامة والكتابية ولأن كل من ساوت المسامة الحرة في عدة الطلاق ساوتها في عدة الوفاة كالمسامة ووجه الرواية الثانية أنه يتعلق بعدها حقان حق للخلق وهو حفظ النسب وحق لله تعالى فأما حق الخلق فذلك يلزمها ولا يبرئها الاستبراء رجمها وذلك يحصل بالأشهر الثلاثة وما زاد على ذلك فحق لله تعالى ولا يصح منها أداء حقوقه إلا بعد الإيمان به

(فصل) وقوله ان عثمان بن عفان سألهما عن ذلك فأخبرته بذلك فقضى به يقتضى إجماع الصحابة على العمل بالخبر الآحاد وان خبر المرأة مما يعمل به ولذلك سألهما عثمان عن خبرها فقضى به لما أخبرته عنه وسألهما عن خبر الفريضة حتى كان الامراء يرسلون اليها ويسألونها عن ذلك ويقضون به ولم ينكره أحد من الصحابة ولا ممن عاصروهم من التابعين ولذلك روى وهب بن خالد عن سعد بن اسحق بالاسناد انه لما كان في خلافة عثمان كان هذا في بعض أهله فسأل الناس هل عند أحد علم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا فقال رجل من أهل الانصار ان فريضة تحدث فيه بحديث وهي حية قالت فأرسل الى فسألني عنه فحدثته فأخذه ص **✽** مالك عن حميد بن قيس المسكي عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البتداء يمنعهن الحج **✽** ش قوله ان عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البتداء يريده ان كان يرى اعتداد المرأة في منزل زوجها المتوفى عنها لاهلها فلا يجوز لها أن تخرج في حج ولا غيره حتى تنقضي عدتها وقدر روى ابن القاسم عن مالك في تفسير هذا الحديث انما ذلك لمن كانت من أهل المدينة وما قرب منها لم يحرم من فاذا أحرمن نفذن وبئس ماصنعن (مسألة) وهذا فيما قرب جسد أو أماً التباعد فلي ضر بين تباعد ليس في الرجوع منه مشقة ولكن تحتاج فيه الى ثقة ترجع معه وتباعد تلحق فيه المشقة فاما القسم الاول فقد قال ابن القاسم في المدونة ليس لها أن تحج الفريضة حتى تنقضي عدتها من وفاة أو طلاق فكان عمر بن الخطاب يرد من خرج منهن في حج من البتداء ولا يمنع توجهها في الحج من ردها الى استكمال عدتها حيث لم يقرب الموضع وقال ابن القاسم في التي تخرج من الاندلس تريد الحج لو لم تكن سافرت الامسية يوم أو يومين أو ثلاثة فهلك زوجها قال مالك في التي تخرج تريد الحج فانه ان كان امرأها فريضا ونجس ثوبها فاعتدت في بيتها ولو وصلت ففريضة ثم توفي زوجها تنفذ الحج لاهلها فاعتدت (مسألة) ولو كان خروجه منتقلا تاركا لاسيطان البلد الذي خرج منه فتوفي قبل أن يصل الى بلد آخر ففي المدونة لابن القاسم انها مخيرة بين أن تنفذ أو ترجع لان هذه ليس لها منزل فقتار الآن موضع اعتد فيه قال ابن القاسم ولها أن تعتد بالموضع الذي توفي زوجها أو تنصرف الى ما يقرب من المدائن والقرى فتعتد فيها ص **✽** مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه ان السائب بن خباب توفي وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكر له حرثا لم بقناة وسألته هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فكانت تخرج من المدينة سمرا فتصج في حرثهم فتظل فيه يوما ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت في بيتها **✽** ش نهى عبد الله بن عمر أن تبيت المرأة في حرثها التي جاءته تسأله وهي أم سليم امرأه السائب بن خباب لما توفي عنها ولزمتها العدة في بيتها فنهاها عن المبيت في حرثها في مدة عدتها لما قدمناه من انها تلزمها السكنى في بيت زوجها ومعنى السكنى ومعظمه المبيت لانه وقت السكون والاستقرار في المسكن فلم يكن لها أن تغل به وان كان لها أن تنصرف بالنهار وقد تقدم الكلام فيه قال مالك لها أن تخرج سمرا قبل الفجر

* وحدثنى عن مالك عن حميد بن قيس المسكي عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البتداء يمنعهن الحج * وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن السائب بن خباب توفي وان امرأته جاءت الى عبد الله بن عمر فذكرت له وفاة زوجها وذكر له حرثا لم بقناة وسألته هل يصلح لها أن تبيت فيه فنهاها عن ذلك فكانت تخرج من المدينة سمرا فتصج في حرثهم فتظل فيه يوما ثم تدخل المدينة اذا أمست فتبيت في بيتها

وثأى بعد المغرب ما بينا وبين العشاء ومعنى ذلك انه لا يفوتها بهذا المقصود المبيت في بيتها (مسئلة)
 والمتوفى عنها زوجها تحضر العرس ولا تلبس ما تلبسه الحاد ولا تبيت الا في بيتها رواه في العتبية
 ابن القاسم عن مالك (مسئلة) المتوفى عنها زوجها ان كانت مدخولاً بها اعتدت في بيت سكنها
 مع زوجها وان كانت غير مدخول بها اعتدت حيث كانت تسكن عند أبيها لان ذلك هو المسكن
 الذي كانت تسكنه فتعلق حكم سكنها به قاله ابن القاسم قال وكذلك الأمة المتوفى عنها زوجها قال
 مالك تعتد حيث كانت تبيت لان موضع المبيت هو موضع السكنى ولذلك كان معنى المبيت هو معنى
 السكنى اذا كان مبيتاً متوالياً على وجه الاستقرار لا على وجه الزيارة (مسئلة) والكتانية يموت
 عنها زوجها المسلم قال مالك في المدونة تجبر على العدة وتمنع الانتقال حتى تنقضى عدتها وسبيلها في
 أحكام العدة سبيل الحرية المسلمة ووجه ذلك انه حكم تعلق بها المسلم فلزمها قضاءه على حكم الاسلام
 كسائر الحقوق (فرع) واذا مات سيد أم الولد أو اعتقت فابن القاسم لا يرى لها السكنى ولا المقام به
 ورآه أشهب لها وعليها على تضعيف من غير ايجاب رواه ابن المواز عنهما ص * مالك عن هشام
 ابن عروة عن أبيه انه كان يقول في المرأة البدوية يتوفى عنها زوجها انها تنشوي حيث انشوى أهلها
 قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا * ش قوله في المرأة البدوية تنشوي حيث انشوى أهلها يريد أصحاب
 العمود دون أصحاب القرى فاذا توفي عنها زوجها وهذا حالها ثم افترق الجمع الذي كانت فيهم فصار
 أهلها وبنواؤها الى جهة وصار أهل زوجها الى جهة أخرى صارت مع أهلها وآوت اليهم وكانت معهم
 لانه لا يمكنها البقاء في الموضع الذي كانت به حين الوفاة لانتقال أهلها عنه ولم يكن وطنها زوجها
 فيكون أحق بسكنائها من غيره انما هم قوم يتبعون الكلاء ويتجمعون المياه ويجمعون اليوم
 في منزل ويفترقون عند اختيار بعضهم غير الجهة التي اختارها الآخرون وليس كذلك المرأة
 من أهل الأمار والقرى فانها لا تزول من مسكنها لان ذلك المنزل كان منزلها زوجها المتوفى عنها
 وهي آمنة اذا أقامت فيه والمعتاد من حال أهلها وبنواؤها المقام والاستيطان فليس لها أن تنتقل
 بانتقالهم حتى تنقضى عدتها وقال ابن القاسم في الصغيرة يتوفى عنها زوجها فأراد أبوها الحج
 والانتقال الى بلد آخر منعوا من أن يخرجوها لان مالكاً قال لا تنتقل الا البدوية (مسئلة) ولو
 كانت من أهل الحاضرة فخرج زوجها مبتدئاً فتوفي رجعت ولا تقيم تعد في البادية رواه ابن
 وهب عن مالك ووجه ذلك ان لها مسكنها في موضع استيطان وقرار تلتزمها العدة فيه فكان عليها
 أن ترجع اليه على ما تقدم من قولنا في القرب والبعد وأما البدوية فليس لها مسكن في موضع
 استيطان فلم يكن بعض الجهات أحق بها من بعض مع انه ليس من عادتها الاستيطان فلا تلتزمها العدة
 الا على المعتاد من حالها

(فصل) ومعنى قوله تنشوي مع أهلها حيث انشوى وانزل حيث نزلوا من ثوب المنزل وأهلها عشرتها
 الذين ترجع اليهم وتحتمى بهم والله أعلم ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول
 لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة الا في بيتها * ش قوله رضى الله عنه لا تبيت المتوفى عنها
 زوجها ولا المبتوتة الا في بيتها يريد البيت تسكن فيه على حسب ما كانت تسكنه قبل وفاة زوجها فان
 كان مسكنها واحداً فهي على ما كانت فيه وان كان في حجرها بيوت كثيرة وكانت تسكن بيتاً منها
 وفيه متاعها قال مالك لا تبيت الا في بيتها واسطوانها وبيوتها لها أن تبيت من ذلك حيث شاءت
 ولم تنوب ذلك انها لا تبيت الا في الذي كان فيه متاعها ووجه ذلك ان جميع المسكن الذي هي فيه من

* وحدثنى عن مالك عن
 هشام بن عروة عن أبيه أنه
 كان يقول في المرأة البدوية
 يتوفى عنها زوجها انها
 تنشوي حيث انشوى
 أهلها * قال مالك وهذا
 الامر عندنا * وحدثنى
 عن مالك عن نافع عن
 عبد الله بن عمر انه كان
 يقول لا تبيت المتوفى عنها
 زوجها ولا المبتوتة الا
 في بيتها

حجرتها واسطوانها ويبيتها سكن لها فلها أن تبيت حيث شاءت منه ولو كانت في مقصورة من الدار وفي الدار مقاصير لقوم آخرين لم يكن لها أن تبيت الا في حجرتها التي في يدها ومعنى ذلك انه لم يكن لها سكني بغيرها من المقاصير بل كانت مساكن لغيرها فلا يحق لها أن تعتد فيه كسائر الدور

✽ عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها ✽

ص ✽ مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرق بين رجال وبين نسائهم وكن أمهات أولاد رجال هلكوا فز وجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرق بينهم حتى يعتدن أربعة أشهر وعشرا فقال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله في كتابه والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ما هن من الأزواج ✽ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها حيضة ✽ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه كان يقول عدة أم الولد اذا توفي سيدها حيضة قال مالك وهو الأمر عندنا ✽ قال مالك وان لم تكن ممن تحيض فعدها ثلاثة أشهر ✽ ش قوله ان يزيد بن عبد الملك فسخ نكاح أم ولد تزوجت قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشرا ولعل يزيد بن عبد الملك أخذ بقول سعيد بن المسيب والزهرى وعمر بن عبد العزيز ان عدة أم الولد يتوفى سيدها أربعة أشهر وعشرا وروى ذلك رجاء بن حيوة وقد قيل ان قبيصة لم يسمع من عمر وقول القاسم يقول الله تعالى في كتابه والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ما هن من الأزواج انما يصح أن يتجنى به على من يوجب ذلك من الآية ويتعلق بعمومها فيصح من القاسم أن يمنع من ذلك ويقول ان اسم الأزواج لا يتناول أمهات الأولاد وانما يتناول الزوجات دون من يستباح بملك اليمين وأما من لم يتعلق بذلك فلا يصح أن يتجنى عليه بما قاله القاسم لجواز أن يثبت هذا الحكم لمن غير الآية بقياس أو غير ذلك من أنواع الأدلة ويحتمل أن يكون القاسم يتعلق بدليل الخطاب من الآية (فصل) وقول ابن عمر والقاسم بن محمد ان عدة أم الولد يتوفى سيدها حيضة هو قول مالك والشافعي وبه قال الشعبي وأبو قلابة وأحمد بن حنبل وقال أبو حنيفة والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود والبخاري وقال طاووس وقتادة عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها والدليل على ما نقوله ان هذه أمة موطوءة بملك اليمين فكان استبراءها بحيضة أصل ذلك الأمة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهل هي عدة أو استبراء محض الذي ذكره القاضي أبو محمد في معونته ان الحيضة استبراء وليست بعدة وفي المدونة عليها العدة وعدتها حيضة كعدة الحرائر ثلاث حيض وجه القول الأول ان هذه أمة موطوءة بملك اليمين فلم يجب فيها عدة وانما هو الاستبراء كالأمة التي لم تلد من سيدها ووجه القول الثاني ما احتج به من انها لو مات سيدها أو أعتقها في حيضتها لم تجزها تلك حتى تحيض بعد وفاته بخلاف الأمة فانه اذا باعها سيدها في أول دمها أجزأ ذلك من استبراءها ومعنى ذلك أنه يعتبر في أم الولد الخروج من طهر الى حيض وهذا حكم العدة وأيضا فانه يقدر لها حكم الفراش بكونها أم ولد ولو زوجها فتوفى زوجها وسيدها غائب فأتت بولد بعد عدتها فزعمت انه من سيدها الحق به الا أن ينكروا طأها لانها أم ولد ولو استبراء السيد أمته ثم أعتقها كان له أن يتزوج مكانها ولو استبراء أم ولده ثم أعتقها لم يكن لها أن تزوج حتى تحيض حيضة قاله مالك ووجه ذلك ما قدمناه من ان أم الولد لما ثبت لها أصل لازم في الحرية بالشرع كانت كالحرية في وجوب العدة بأنواع الفرق في الحياة والموت وان كانت حيضة واحدة لنقص حرمة الأمة وانما وجبت عليها العدة حال الرق استبراء من وطئ بوطء يمين

✽ عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت القاسم بن محمد يقول ان يزيد بن عبد الملك فرق بين رجال وبين نسائهم وكن أمهات أولاد رجال هلكوا فز وجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرق بينهم حتى يعتدن أربعة أشهر وعشرا فقال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله في كتابه والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ما هن من الأزواج ✽ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها حيضة ✽ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه كان يقول عدة أم الولد اذا توفي سيدها حيضة قال مالك وهو الأمر عندنا ✽ قال مالك وان لم تكن ممن تحيض فعدها ثلاثة أشهر

﴿ عدة الامة اذا توفي زوجها أو سيدها ﴾ * حدثني يحيى عن مالك (١٤١) أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن

يسار كانا يقولان عدة الامة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال * وحدثني عن مالك عن ابن شهاب مثل ذلك قال مالك في العبد يطلق الامة طلاقا لم يثبت فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهي في عدتها من طلاقها نعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تحتفر فراقه بعد العتق حتى يموت وهي في عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة * قال مالك وهذا الامر عندنا ﴿ ماجاء في العزل ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن محرز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدري خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة بني المصطلق فاصبنا سبياً من سبي العرب فاشتبهنا النساء

وذلك حيضة وقد يكون استبراء محضاً وقد يكون عدة كالثلاثة الأشهر ويكون استبراء ويكون عدة في المطلقة والامة المتوفى عنها زوجها (فرع) فاذا قلنا انها عدة فقد قال مالك لأحب أن تواعد أحداً ينكحها حتى تعيض حيضة قال ابن القاسم وبلغني عنه أنه قال لا يثبت الا في بيتها فأثبت لمدة استبرائها حكم العدة وروى ابن المواز عن ابن القاسم لها المبيت في غير بيتها في العتق والوفاة وجه القول الأول أنه استبراء يلزم مع عدم الوطء الذي يوجب الاستبراء فكان عدة تثبت فيه أحكام العدة كعدة الحرة ووجه القول الثاني انه استبراء سبه ملك اليمين فكان استبراء كاستبرائها للبيع (مسألة) ولو غاب سيد أم الولد عنها غيبة طويلة فتوفى بعدما حاضت في غيبته لم يجزها ذلك حتى تعتد بعد وفاته قاله ابن القاسم في المدونة وكذلك لو انتقضت عدتها من زوجها فلم يبطأها سيدها حتى توفي فان عليها أن تعتد بحيضة والله أعلم

﴿ عدة الامة اذا توفي زوجها أو سيدها ﴾

ص * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار كانا يقولان عدة الامة اذا هلك عنها زوجها شهران وخمس ليال وعن ابن شهاب مثل ذلك * ش قولهم عدة الامة يتوفى عنها زوجها شهران وخمس ليال على ما تقدم لان عدتها نصف عدة الحرة وعدة الحرة أربعة أشهر وعشرا ولا نعلم في ذلك خلافاً لما يروى عن ابن سيرين وليس بالثابت انه قال عدتها عدة الحرة وعلى ما قدمناه الاجماع والله أعلم ص * قال مالك في العبد يطلق الامة طلاقا لم يثبت فيه له عليها فيه الرجعة ثم يموت وهي في عدتها من طلاقه انها تعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وانها ان عتقت وله عليها رجعة ثم لم تحتفر فراقه بعد العتق حتى يموت وهي في عدتها من طلاقه اعتدت عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا وذلك انما وقعت عليها عدة الوفاة بعد ما عتقت فعدتها عدة الحرة * قال مالك وهذا الامر عندنا * ش وهذا على حسب ما قال في الامة التي يطلقها زوجها طلقه رجعية ثم يموت وهي في عدتها تلك انها تعتد عدة الامة المتوفى عنها زوجها شهرين وخمس ليال وذلك انها لما كانت رجعية وكانت من الأزواج ما دامت في العدة ولم يهاجمها عدة الوفاة بموته وهي أمة فكان عليها شهران وخمس ليال ولو كان الطلاق بائناً لم تنتقل الى عدة الوفاة لانها ليست من الزوجات كما لو انتقضت العدة

(فصل) وقوله ولو أعتقت في العدة ولم تحتفر فراقه يربدها لو اختارت فراقه لبانت بذلك عنه ولم يكن لها حكم الزوجات ولا انتقلت الى عدة وفاة فاذا لم تحتفر فراقه بقيت على حكم الرجعة فكانت من الأزواج يلزمها بموته الانتقال الى عدة الوفاة فاذا توفي بعد الحرة لم يلزمها عدة الوفاة وهي حرة فكان عليها عدة الحرة اربعة أشهر وعشرا ولو توفي عنها وهي أمة ثم أعتقت بعد ذلك لم تكن عليها الا عدة الاماء لان العدة وجبت عليها وهي أمة فلا ينقلها عن حكم الاماء ما طرأ بعد ذلك من الحرة والله أعلم

﴿ ماجاء في العزل ﴾

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن محمد بن يحيى بن حبان عن ابن محرز أنه قال دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري فجلست اليه فسألته عن العزل فقال أبو سعيد الخدري خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة بني المصطلق فاصبنا سبياً من سبي العرب فاشتبهنا النساء

واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نغزل فقلنا نغزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله فساءلناه عن ذلك فقال ما عليكم أن لاتفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة **ش** سؤال ابن محير يلا بى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن العزل واخباره له بما عنده فى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم على حسب ما كان يفعله العلماء من الصحابة فى الجواب على ما سألوا عنه مما عندهم فيه نص وانما كانوا يفرعون الى غير النصوص من القياس والاستدلال عند عدم النصوص وأما مع وجود النصوص فكانوا لا يتعلقون بغيرها لاسيما اذا كان السائل لهم من أهل العلم ومن يرجى أن يفهم ما يرد عليه من ذلك وينقله على وجهه وغزوة بنى المصطلق كانت سنة خمس

(فصل) وقوله فأصبنا سبيانا من سبي العرب فاشتبهنا النساء يحتمل أن يكون بنو المصطلق وان كانوا من العرب يدينون بدين أهل الكتاب من اليهود والنصارى فلذلك جاز للمسلمين وطوهم بملك الغنم وملك النكاح لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم ويحتمل أن يكونوا من يدين بدين العرب فاستباح المسلمون وطء من أسلم منهم بعد الاسترقاق وامتنعوا من لم يكن أسلم

(فصل) وقوله واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء وأردنا أن نغزل ظاهره ان الرجل الذى يترقبه من لم يغزل يمنع الفداء وهو البيع ولا يصح أن يريده به الفداء بالرد الى الأهل على قولنا انهم قد أسلموا لان من أسلم منهم لم تكن ترد أن ترد الى الكفار مما كانوا عليه من تعذيب من أسلم والاضرار به ومع ذلك فالفداء نوع من البيع فدل هذا على أن الرجل يمنع البيع والفداء ووجه آخر وهو انه لا خلاف ان الرجل لا يمنع الفداء الذى يمنع الرد الى الأهل فى غير المسألة ولا يمنع فى المسألة اذا أخرجت الى حرية فلم يبق الا أن يراى به ما يمنع الخروج عن ملك السيد الى الاسترقاق وعلى هذا مذهب جميع الفقهاء فى جميع الأمصار انه لا يجوز بيع أم الولد والدليل على ذلك الحديث المذكور ودليلنا من جهة القياس ان هذا رجل عن ملك يمين فوجب أن يمنع بيع الخائل أصل ذلك حال الرجل ومعنى ذلك انه يعتق على أبيه بنفسه حدوده وهو فى ذلك الحال عضو من أعضاء الاماء فسرى اليها حكم العتق ولم يتعجل لان انفصاله منها غاية ص **ش** مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه انه كان يغزل **ش** مالك عن أبي النضر مولى عمر بن عبيد الله عن أبي أفلح مولى أبي أيوب الأنصارى عن أم ولد لأبي أيوب الأنصارى أنه كان يغزل **ش** مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يغزل وكان يكره العزل **ش** ما روى عن سعد وأبي أيوب انهما كانا يغزلان وكره ذلك ابن عمر هذا مما اختلف فيه الصحابة فذهب الجمهور الى اباحته وذهب ابن عمر وغيره الى كراهيته وقال بعضهم هو المودة الصغرى وقال على بن أبي طالب لا يكون مودة حتى تأتى عليه حالات الخلق السبعة فقال عمر صدقت يرد أن يكون نطفة ثم علقه ثم مضغة ثم عظما ثم لحما ثم تصور ثم تستهل ويحتمل أن يكون من كره ذلك تعلق بقوله صلى الله عليه وسلم ما عليكم أن لاتفعلوا معناه والله أعلم لا يضركم ذلك انما هو على وجه الكراهة والندب الى ترك ذلك دون المنع والتعريم والذى عليه جمهور الفقهاء ان العزل جائز على شروط سند كرها بعد هذا ووجه ذلك أن قوله صلى الله عليه وسلم ما عليكم أن لاتفعلوا ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة ندب منه صلى الله عليه وسلم الى نهاية التوكل واسارة الى فضيلة من عول على ذلك وهذا

واشتدت علينا العزبة
وأحببنا الفداء فأردنا
أن نغزل فقلنا نغزل
ورسول الله صلى الله عليه
وسلم بين أظهرنا قبل أن
نسأله فساءلناه عن ذلك
فقال ما عليكم أن لاتفعلوا
ما من نسمة كائنة الى يوم
القيامة الا وهى كائنة
ش وحدثنى عن مالك عن
أبي النضر مولى عمر بن
عبيد الله عن عامر بن
سعد بن أبي وقاص عن
أبيه انه كان يغزل **ش** وحدثنى
عن مالك عن أبي النضر
مولى عمر بن عبيد الله عن
أبي أفلح مولى أبي أيوب
الأنصارى عن أم ولد
لأبي أيوب الأنصارى
انه كان يغزل **ش** وحدثنى
عن مالك عن نافع عن
عبد الله بن عمر أنه كان لا
يغزل وكان يكره العزل

ص **ع** مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت أبي سلمة أنها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوه أبو سفيان بن حرب فدخلت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فذهنت به جارية ثم مسحت بعار ضيها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربع أشهر وعشر قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش زوج النبي صلى الله

عليه وسلم حين توفي أخوها فدعت بطبيب فست به ثم قالت والله مالي بالطبيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تتحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا قالت زينب وسعت أي أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تقول جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنهاز وجهها وقد اشتكت عينيها أفتركها لمافقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشرو وقد كانت احدا كن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قال حميد بن نافع فقلت لزينب وماترمي بالبعرة على رأس الحول فقالت زينب كانت المرأة اذا توفي عنهاز وجهها دخلت حشفها ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر سنة ثم تأتي بدابة حمار أو شاة أو طير فتقتض به فقامتا تفتض بشيء إلا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعنما شاة من طيب أو غيره قال مالك والحفش البيت الردي وتقتض تمسح به جلدها كالشجرة * مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة وحفصة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج * ش قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر يحتمل أن يكون هذا الحكم يختص بالمؤمنات ويحتمل أن يكون على سبيل الترغيب في ذلك والوعيد لمن خالفه بمعنى ان هذا لا يتركه من يؤمن بالله واليوم الآخر وهذا كقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه وقد اختلف قول مالك في تعلق حكم الاحداد بالكتانية يتوفي عنهاز وجهها المسلم فروى عنه أشهب لا احداد عليها وبه قال أبو حنيفة وروى عنه ابن القاسم وغيره ان عليها الاحداد كالمسأة وبه قال الشافعي وجه الرواية الاولى أن الاحداد عبادة والكتانية ليست من أهل العبادة ووجه الرواية الثانية أن هذا حكم من أحكام العدة فلزمت الكتانية للمسلم كلزوم المسكن والعدة (مسئلة) ومن تزوج امرأة فمات بعد بئانه بها فقبين أن نكاحهما فاسد قال ابن القاسم في المدونة لا احداد عليها ولا عدة وتستبرئ بثلاث حيض ووجه ذلك انها ليست بعتدة من وفاة فلم يلزمها احداد كالمطلقة * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندى في التي يفسخ نكاحها ولم يثبت بينهما شيء من أحكام النكاح من توارث ولا غيره وأما التي يثبت بينهما أحكام التوارث فاتها بعتدة الوفاة يلزمها الاحداد والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتحد على ميت فوق ثلاث الاحداد ترك الزينة من اللباس والطيب والخلى والكحل يقال حدثت المرأة فهي حاد وأحدث فهي محدة قال أبو يزيد ولم يعرف الاصمعي حدث فأعلم صلى الله عليه وسلم انه محرم على النساء أن تستديم احداهن الاحداد على الميت فوق ثلاث ولم يمنع من الثلاث لكونها في جملة ما يقصر من المدد التي ر بما ترك الزينة اليها من لا يقصد ذلك ورماسق في هذه المدة التطيب والخروج عن حكم الاحداد مع فجأة أول أمر الحزن والمصيبة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وهذا على معنى الايجاب

أشهر وعشر ا قالت زينب
وسمعت أمي أم سلمة
زوج النبي صلى الله عليه
وسلم تقول جاءت امرأة
الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول
الله ان ابنتي توفي عنها
زوجها وقد اشتكت
عينها أفكحلها فقال
رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل
ذلك يقول لائم قال انما
هي أربعة أشهر وعشر
وقد كانت احدا كن في
الجاهلية ترمي بالبعرة على
رأس الحول قال حيد بن
نافع فقلت لزينب وما ترمي
بالبعرة على رأس الحول
فقالت زينب كانت المرأة
اذا توفي عنها زوجها
دخلت حفشا ولبست
ثمريها ولم تمس طيبا
ولا شيئا حتى يمر سنة ثم
تؤتى بدابة حار أو شاة أو
طير فتقتض به فقلما
تقتض بشئ الا مات ثم تخرج
فتعطى بعة فترمي بها ثم
تراجع بعد ما شاءت من
طيب أو غيره قال مالك
والحفش البيت الرديء
وتقتض تمسحه جلدها

كأنشرة * وحدثني عن مالك عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عائشة وحفصة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج

لا على معنى الاباحة فاستثنى من التعريم الايجاب وهذا يقتضى أن لفظة افعل بعد الحظر على بابها خلافا لمن قال من أصحابنا وغيرهم انها تقتضى الاباحة والله أعلم (مسئلة) وسواء كانت حرة أو أمة صغيرة أو كبيرة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا احداث على أمة ولا صغيرة والدليل على ما نقله قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تعد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وقد اتفقنا على انه على الوجوب فوجب أن يحل على عمومه ومن جهة المعنى ان كل من زوجها عدة الوفاة على زوج لها الاحداث كالحررة الكبيرة (فرع) اذا ثبت ذلك فليس لموالى الأمة منعها من الاحداث والميت في موضع عدتها وتخرج بالنهار في حوائجهم وان أرادوا بيعهم لم يلبسوها ولا يصنعوا بها ما لا يجوز للحادث قاله مالك ووجه ذلك أن هذا حكم من أحكام النكاح فلم يكن لهم منعها منه كملك الزوج الاستمتاع بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان تعد على ميت يقتضى اختصاص هذا الحكم بالوفاة وأما حكم المطلقة فلا تعلق له بالحديث وقد قال مالك لا احداث على مطلقة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة عليها الاحداث ويروى عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والدليل على ما نقله أن هذه مطلقة فلا احداث عليها كالرجعية ووجه آخر وهو أن المتوفى فارق زوجته وهو على نهاية الاشفاق عليها والرغبة فيها ولم تكن المفارقة من قبله فلزمها لذلك الاحداث واظهار الحزن والمطلقة فارقها اختارا لفراقها مقابجا لها فلا تعلق بها حكم الاحداث كالملاعة

(فصل) وقول المرأة ان ابنتى اشتكت عينيها فتمسكهما يحتمل أن تريد أنها اشتكت عينيها وقد برئت أفتتبادى على الاكتمال ويحتمل أن تريد اشتكت عينيها وهى الآن على ذلك الا أنها استأذنت في كل زينة ولم تستأذن في نداوى به العين مما لازمت فيه مما يجعل خارج العين أو يقطر فيه فلا تكون فيه زينة فنعها صلى الله عليه وسلم من ذلك لما رأى أنها سالمة عما لا ضرورة بها اليه ووجدت لمالك ولم أتخبره انه قال لا تسكت المتوفى عنها زوجها بالانتم ولا بشئ فيه سواد ولا بصفرة أو شئ يغير اللون ولا تسكت بامه يدية طيب ولا مسك وان اشتكت عينيها وان صحت عنه هذه الرواية فنعها أن لا تدعو الى ذلك ضرورة فقد أشار في الحديث الى انها تسكت بما فيه صبر اذا دعت الى ذلك ضرورة وهو المعروف من مذهبه ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد فهم منه خفة المرض ويسارة الصبر عليه رآه يرجى برؤيه وتوفقه من غير كل ولذلك قالت أم سامة لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينيها كتملى بكحل الجلاء بالليل واسمعه بالنهار وقال سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار اذا خشيت على بصرها من رمدها أو شكوى أصابها أنها تسكت وتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب وقال ابن المواز عن مالك ان كتمت من علة وضرورة بالصبر بالليل فلتمسعه بالنهار وان كان فيه طيب عند الضرورة فدين الله يسر وقال مالك في المختصر الصغير لا تسكت الحاد الا ان تضطر فتكحل بالليل وتمسحه بالنهار من غير طيب يكون فيه فيصم أن يريد بهذا أنها لم تضطر الى الطيب

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انما هى أربعة أشهر وعشرا على وجه الاخبار بمدة الاحداث الواجب على زوجة المتوفى وذلك أربعة أشهر وعشرا فان رأت هذه المعتدة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم عن مالك أن الاحداث عليها حتى تنقضى الرتبة وان بلغت خمس سنين (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد كانت احدا كن ترى بالبعرة على رأس الحول روى ابن

مزين عن عيسى بن وهب أنها كانت توثق ببعرة من بعرة الغنم فترمي بها من وراء ظهرها وروى عن نافع أنها كانت ترمي بالبعرة أمامها وليس وراء ظهرها كما قال بعض الناس قال ابن وهب فذلك أجلها وقد رأيت لغيرها أنها كانت تتأول في ذلك لن صبرها مدة الحول على ما كانت فيه أهون عليها من الرمي بهذه البعرة وقد روى أن قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير استخراج نزل في ذلك ثم نسخ بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا تقديره على ما قال أبو الحسن الأخفش يتربصن بعد وفاتهم أربعة أشهر وعشرا

(فصل) وماذا كرتة زينب من حكم الحول من أنها كانت تسكن الخفش وتلبس شربياها هو معنى الاحداد فذكره النبي صلى الله عليه وسلم ان ماورد به الشرع في مدة أربعة أشهر وعشرا ليس مما كرت يترتب منه في حول كامل نهين على ذلك ترغيبا لهم في التزام ما أمرهن الله به وخفف عنهم فيه من الاحداد ولا يتسرعن الى الممنوع منه بغير عذر فوجب ولا يستقلن ما أوجب الله عليهن (فصل) وقول مالك الخفش البيت الردي روى ابن وهب عن مالك الخفش البيت الصغير وكذلك قال الخليل وقال أبو عبيد الخفش الدرج وجعه أخفاش ولعله شبه البيت الصغير به وسماه باسمه

(فصل) وقوله فتفتض به قال مالك معناه تمسح به كالشمة وقال ابن زيد عن عيسى عن ابن وهب فتفتض تمسح بيدها عليه أو على ظهره وقد قيل ان معنى ذلك أنها تنظف به حتى يصير كالفضة ويبعد هذا في شيء من الحيوان لانه لا يتأتى به هذا وانما يتأتى به ما وصفه مالك رحمه الله أو ما قاله ابن وهب وقد قال ابن مزين عن عيسى ان معنى تفتض به تمسح به لعلها انها كانت تقيم حولا لا تغتسل ولا تمس طيبا فيكثر عليها الوسخ وتشتد رائحة العرق فقلما تمسح بشيء الامات وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع ومحمد بن عيسى الأعشى مثله والله أعلم ص مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حاذ على زوجها اشتكت عينيها فبلغ ذلك منها كعلى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار * مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار انهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها انها اذا خشيت على بصرها من رمدها أو وشكوى أصابها أنها تكحل وتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر * وحديثي عن مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة اشتكت عينيها وهي حاذ على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكحل حتى كادت عيناها ترمضان * ش ومعنى ذلك أنها أخت بالشدة في نفسها فصبرت على ما أصابها من مرض أو رمدي عينيها ولم تكحلها وأشفقت من معالجتهما بذلك حتى كادت عيناها ترمضان والمرض قدنى أبيض تلفظه العين يقال عين رمضاء وهذا يقتضى أن

وحدثني عن مالك انه بلغه أن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت لامرأة حاذ على زوجها اشتكت عينيها فبلغ ذلك منها كعلى بكحل الجلاء بالليل وامسح به بالنهار * وحديثي عن مالك انه بلغه عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار انهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها انها اذا خشيت على بصرها من رمدها أو وشكوى أصابها أنها تكحل وتداوى بدواء أو بكحل وان كان فيه طيب * قال مالك واذا كانت الضرورة فان دين الله يسر * وحديثي عن مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة اشتكت عينيها وهي حاذ على زوجها عبد الله بن عمر فلم تكحل حتى كادت عيناها ترمضان

شكوى عينها كان أمر أخفها لأن الرض يحدث في العين من أيسر شكوى وهو قد أخبر أن ما أصابها كأدبيلغها ذلك ولم تبلغه وقال ابن القوطية رمت العين ترمض إذا أضر بها القذى وهذا أشبه بنسق الحديث وظاهره فعناءه أنه كاد أن يبلغ بما أصابها من شكوى عينها مع امساكها عن الكحل إلى أن يضربها الرض والضرر واقع على مقادير مختلفة متباينة فيحتمل أنه أراد الآن كان يضربها الرض ضرر يشتد عليها والله أعلم قال أبو عبيد الهروي هو رمضان بالضاد المعجمة مأخوذ من الرضاء وهو اشتداد الحر على الحجارة حتى تحمي فتقول هاج بعينها من الحر مثل ذلك فشبها الحر الذي يظهر بالعين بذلك والمشهور من الرواية ما قدمناه والله أعلم ص قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك إذا لم يكن فيه طيب والله أعلم ش ومعنى ذلك أنها تدهن رأسها وشعرها بالزيت والشيرق وهو زيت السمسم إذا لم يكن فيها تدهن به من ذلك طيب وقد قال في المدونة لا تدهن بشيء من الأدهان المزينة ولا تمتشط بالحناء ولا بالكتم ولا بشيء يحتمر في رأسها ولا بأس أن تمتشط بالسدر وشبهه مما لا يحتمر في رأسها تكون له رائحة طيبة لا تمتشط به الحاد قال القاضي أبو محمد كالبان والخيري ودهن الورد والبنفسج وما أشبه ذلك لما أمرت به من اجتناب الطيب والله أعلم وروى ابن المواز عن مالك لا تحضر عمل الطيب ولا تبخر به وإن لم يكن لها كسب غيره حتى تحل (فرع) ولومات زوجها بعد أن مسطت رأسها بشيء من ذلك في العتية من رواية أشهب عن مالك لا تنفض مسطتها أرايت لو اخضت صب وقال بعض الصقليين إذا زمت المرأة عدة الوفاة وعليها طيب فليس عليها غسله بخلاف من يحرم وعليه طيب وقد قال القاضي أبو محمد إن الكحل والحناء ما تجتنبه الحاد ولا تستعمله الا لضرورة ص قال مالك ولا تلبس الحاد على زوجها شيئا من الخلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك من الخلى ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عسبا غليظا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بشيء من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يحتمر في رأسها ش قوله لا تلبس الحاد شيئا من الخلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك قال ابن مزين سألت عيسى فقلت له من الفضة والذهب قال نعم وروى ابن المواز عن مالك لا تلبس حليا وإن كان حريرا ولا خرصا فضة ولا غيره وفي الجملة أن كل ما تلبسه المرأة على وجهها يستعمل عليه الخلى من التجميل فلا تلبسه الحاد ولعل عيسى إنما قصر ذلك على الفضة والذهب لما كان هذا المعروف ببلده وإيكن حلى الحرير ولم يتخذ بها ولم ينص أصحابنا على الجوهر واليواقيت والزمرود وهو داخل تحت قوله ولا غير ذلك من الخلى فكل ما يقع عليه هذا الاسم ممنوع عنده والله أعلم قال القاضي أبو محمد وجيع ما يزين به النساء لأزواجهن

(فصل) وقوله ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عسبا غليظا قال ابن القاسم لأن رقيقه بمنزلة الثياب المصبغة ولم ير غليظه بمنزلة الثياب المصبغة وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار تلبس الحاد الوشي الغليظ وحلة بمانية غليظة وإنما كره لها أن تلبس من العصب وثياب اليمن الخلل والبرود لأنها زينة وتلبس الحاد من المروي والسطوى والقصبى والاسكندرا رقيقه وغليظه وقال مالك في المدونة لا تلبس الحاد من الثياب المصبغة الدكن والخضر والصفير والمصبغات بغير الورس والزعفران والمصفر قال القاضي أبو محمد لا تلبس الأحمر والأصفر والأخضر ولا الخلق في قال مالك صوفا كان أو كنانا أو قطنيا ولا تلبس خزا ولا حريرا مصبوغا بزعفران ولا عصفرا ولا خضرة ولا غير ذلك قال مالك في كتاب ابن المواز ليس له لبس الاسود ان كان حريرا وفي المدونة وتلبس

قال مالك تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت والشيرق وما أشبه ذلك إذا لم يكن فيه طيب قال مالك ولا تلبس المرأة الحاد على زوجها شيئا من الخلى خاتما ولا خلخالا ولا غير ذلك من الخلى ولا تلبس شيئا من العصب الا أن يكون عسبا غليظا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بشيء من الصبغ الا بالسواد ولا تمتشط الا بالسدر أو ما أشبه ذلك مما لا يحتمر في رأسها

أبيض الحرير قال القاضي أبو محمد وتلبس من ذلك الأسود والأبيض والسابري * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى انهم يريدون بالأسود ما يسمى عندنا غرايبا وأما ما يصبغ بالسماقي فإنه جميل ومما يتجمل به وقد قال القاضي أبو محمد كل ما كان من الألوان يتزين به النساء لأزواجهن فلتمنع منه الحاد ص * مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سامة وهي حاد على زوجها أبي سامة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ما هذا يا أم سامة قالت إنما هو صبر رسول الله قال اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار * ش قوله صلى الله عليه وسلم اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار يحتمل وجهين أحدهما الصبغ الذي يضارع ما يتجمل به والثاني اللباس على الناس فالجاهل يقلد فيه والعالم ينكره وقد روى عن مالك والمختصر الصغير لا تسكتل الحاد إلا أن تضطر فتسكتل بالليل وتمسح بالنهار من غير طيب يكون فيه ومعنى ذلك عندى بعذر المرض وما يبلغ من الألم ويبقى منه من الشدة ص * قال مالك الأحاد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيئته على التي قد بلغت المحيض تجتنب ما تجتنبه المرأة البالغة إذا هلك عنها زوجها * ش وهذا على ما قال أن الأحاد يلزم الحرة الصغيرة على حسب ما يلزم الكبيرة وكذلك الأمة خلافا لأبي حنيفة والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأته سألت عن ابنة لها توفي عنها زوجها فاشتكت عينيها أفستكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا ولم يسأل عن سنها استدلل بهذا القاضي أبو محمد والدليل على ذلك من جهة المعنى أن كل من لزمها العدة بالوفاة لزمها الأحاد كالكبيرة (مسئلة) فإن كانت ممن يعقل الأمر والنهى وتلزم ما حد لها أمرت بذلك وإن كانت لاتدرك شيئا من ذلك تعد لصغيرها فرى ابن مزين عن عيسى بجنبها أهلها ما تجتنبه الكبيرة وذلك لازم لها (فرع) إذا ثبت ذلك فليس لموالى الأمة منعها من الأحاد والميت في موضع عدتها ص * قال مالك تعد الأمة إذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها * ش وهذا على ما قال أن الأمة تعد إذا توفي عنها زوجها خلافا لأبي حنيفة لأنها معتدة من وفاة كالحررة ومدة الأحاد من عدتها شهران وخمس ليال لأن عدتها نصف عدة الحررة على ما تقدم من اعتدادها بالأقراء والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم أم الولد والمكاتبة والمدبرة لأن كل من لزمها عدة وفاة من زوجها لزمها الأحاد وانما يختلف حكم الحررة والرق من ذلك في المدة فعلى الحررة أربعة أشهر وعشر وعلى من فيها بقية رق شهران وخمس ليال ص * قال مالك ليس على أم الولد أحاد إذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها أحاد وانما الأحاد على ذوات الأزواج * ش وهذا على ما قال أنه ليس على أم الولد ولا الأمة أحاد إذا توفي عنها سيدها لأنه ليس عليها عدة المتوفى عنها زوجها وانما عليها أن تحيض حيضة بعد وفاته وهذا حكم الاستبراء أو حكم العدة وقد تقدم ذكره والله التوفيق ص * مالك أنه بلغه أن أم سامة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت * ش قولها تجمع رأسها بالسدر والزيت على ما يفعله نساء المشرق من أن تجمع المرأة شعرها بشئ يحفظه لها من ريحان أو سدر أو غير ذلك فإذا كانت في حال أحاد لم تجمع إلا بماء ليس فيه رائحة طيبة كالسدر ويكون ما تجمع به من الأدهان كالخل والزيت وهو الشيرق وما أشبه ذلك مما ليس بطيب والله أعلم ثم كتاب الطلاق بحمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سامة وهي حاد على زوجها أبي سامة وقد جعلت على عينيها صبرا فقال ما هذا يا أم سامة فقالت إنما هو صبر رسول الله قال اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار * قال مالك الأحاد على الصبية التي لم تبلغ المحيض كهيئته على التي قد بلغت المحيض تجتنب ما تجتنبه المرأة البالغة إذا هلك عنها زوجها * قال مالك تعد الأمة إذا توفي عنها زوجها شهرين وخمس ليال مثل عدتها * قال مالك ليس على أم الولد أحاد إذا هلك عنها سيدها ولا على أمة يموت عنها سيدها أحاد وانما الأحاد على ذوات الأزواج * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن أم سامة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تقول تجمع الحاد رأسها بالسدر والزيت

بسم الله الرحمن الرحيم ﴿ كتاب الرضاع ﴾ (رضاع الصغير) (١٤٩) ٤ * حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن

عمرة بنت عبد الرحمن أن عائشة أم المؤمنين أخبرتها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أراه فلانا لم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن على فليت علي فأبى أن أذن له حتى سأله رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فقال انه عمك فليج عليك قالت عائشة وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * ش قوله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل على مع مشاهدة ما أباحه صلى الله عليه وسلم من دخول عم حفصة من الرضاعة عليها بالغة في تحقيق الحكم وما يتعلق به لجواز أن يكون هذا الحكم يختص بذلك الانسان أو يكون هناك معنى يعتبر يقترن بكونه عمها من الرضاعة فلما قال لها صلى الله عليه وسلم نعم علمت عموم الحكم واختصاصه بمعنى الرضاع (فصل) وقوله في الحديث الثاني ان عمها من الرضاعة جاء يستأذن عليها فابت أن تأذن له حتى تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كان حديث عمرة هو الأول فيحمل أن يكون ذلك العلم الذي سألت عنه وأخبرها النبي صلى الله عليه وسلم بأنه لو كان حيا دخل عليها أو كدسبها من هذا العلم الذي استأذن عليها بعد ذلك اما بأن يكون أخا من أب وأم لا بها من الرضاعة ويكون الثاني الذي جاء يستأذن عليها أخا لأب أو أم فتوقعت أن يكون ذلك الحكم يختص بالعم الأول أو يكون هذا العلم أرضعته زوجة أخيه وزوجها حي والعلم الثاني أرضعته زوجة أخيه بعد وفاة أخيه فتوقعت أن يكون هذا الحكم مقصورا على الأول وقدرى عن الشيخ أبي الحسن انه قال هما عمان أحدهما أخو أبيها يعني أبا بكر الصديق رضي الله عنه أرضعتهما امرأة واحدة وهو الذي في حديث عبد الله بن أبي بكر والعلم الثاني الذي في حديث هشام هو أخو أبيها من الرضاعة بمعنى ان أباهما رضع امرأته بلين ذلك الفحل وقدرى ابن وهب عن أبي حازم ان المرأة التي أرضعت عائشة هي امرأة أخي الذي استأذن على عائشة وهو أظهر من قول الشيخ أبي الحسن وان كان حديث عمرة هو الأول فانها أيضا إنما تكررت أن يستأذن عم حفصة عليها لما اعتقدت انه ليس له تلك الرتبة من العمومة التي يستحق بها الدخول عليها ولعله كان عم الحفصة بمعنى انه كان أخا لبيها عم من الرضاعة فلما رأت النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك سألت عن عم كان لها في مثل درجته وقعدده فأعدها النبي صلى الله عليه وسلم انه لو كان حيا لدخل عليها بمثل ذلك السبب (فصل) وقوله يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرعني الرجل على معنى التثبث وابداء كل شبهة في النفس يعرض فيها لأنها أعلمته بما لم يكن عنده من ذلك فان هذا مما لا يشك فيه أحد وإنما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
﴿ كتاب الرضاع ﴾
(رضاع الصغير)

ص مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن ان عائشة أم المؤمنين أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا جاء يستأذن في بيتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أراه فلانا لم لحفصة من الرضاعة فقالت عائشة يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن على فليت علي فأبى أن أذن له حتى سأله رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فقال انه عمك فليج عليك قالت عائشة وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب وقالت عائشة يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة * ش قوله لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل على مع مشاهدة ما أباحه صلى الله عليه وسلم من دخول عم حفصة من الرضاعة عليها بالغة في تحقيق الحكم وما يتعلق به لجواز أن يكون هذا الحكم يختص بذلك الانسان أو يكون هناك معنى يعتبر يقترن بكونه عمها من الرضاعة فلما قال لها صلى الله عليه وسلم نعم علمت عموم الحكم واختصاصه بمعنى الرضاع (فصل) وقوله في الحديث الثاني ان عمها من الرضاعة جاء يستأذن عليها فابت أن تأذن له حتى تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كان حديث عمرة هو الأول فيحمل أن يكون ذلك العلم الذي سألت عنه وأخبرها النبي صلى الله عليه وسلم بأنه لو كان حيا دخل عليها أو كدسبها من هذا العلم الذي استأذن عليها بعد ذلك اما بأن يكون أخا من أب وأم لا بها من الرضاعة ويكون الثاني الذي جاء يستأذن عليها أخا لأب أو أم فتوقعت أن يكون ذلك الحكم يختص بالعم الأول أو يكون هذا العلم أرضعته زوجة أخيه وزوجها حي والعلم الثاني أرضعته زوجة أخيه بعد وفاة أخيه فتوقعت أن يكون هذا الحكم مقصورا على الأول وقدرى عن الشيخ أبي الحسن انه قال هما عمان أحدهما أخو أبيها يعني أبا بكر الصديق رضي الله عنه أرضعتهما امرأة واحدة وهو الذي في حديث عبد الله بن أبي بكر والعلم الثاني الذي في حديث هشام هو أخو أبيها من الرضاعة بمعنى ان أباهما رضع امرأته بلين ذلك الفحل وقدرى ابن وهب عن أبي حازم ان المرأة التي أرضعت عائشة هي امرأة أخي الذي استأذن على عائشة وهو أظهر من قول الشيخ أبي الحسن وان كان حديث عمرة هو الأول فانها أيضا إنما تكررت أن يستأذن عم حفصة عليها لما اعتقدت انه ليس له تلك الرتبة من العمومة التي يستحق بها الدخول عليها ولعله كان عم الحفصة بمعنى انه كان أخا لبيها عم من الرضاعة فلما رأت النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك سألت عن عم كان لها في مثل درجته وقعدده فأعدها النبي صلى الله عليه وسلم انه لو كان حيا لدخل عليها بمثل ذلك السبب

(فصل) وقوله يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرعني الرجل على معنى التثبث وابداء كل شبهة في النفس يعرض فيها لأنها أعلمته بما لم يكن عنده من ذلك فان هذا مما لا يشك فيه أحد وإنما

أنكرت أن يكون لزوم المرضعة تأثير في التحريم لما كان التحريم متعلقاً بالرضاع ولا حظ له فيه
فما قال له النبي صلى الله عليه وسلم انه عمك فليج عليك تحققت ان ما اعترض في نفسها من الشبهة
ليس بشئ ولا يتعلق به حكم وثبت بذلك ان تحريم الرضاع يتعلق بجنبه زوج المرضعة كاتعلق
بجنبه المرضعة.

(فصل) وقوله رضى الله عنها وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب تريد ان اباحة دخول انعم من
الرضاعة عليها. كان بعد ان ضرب الحجاب ومنع أن يدخل عليهن الاذو محرم وأما قبل أن يضرب
الحجاب فلم يكن يمتنع من ذلك أحد من الاجانب والله أعلم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة يقتضى ان كل من يتعلق به
التحريم بسبب الولادة يتعلق به بسبب الرضاعة فكما ان الولادة تحرم الاعمام والاخوة والاجداد
فكذلك سبب الرضاع ولا يمنع من ذلك أن يوجد اللبن للمرأة دون الرجل كاللبن يوجد بال بكر لان
غالب أحواله انه لا يكون الا عن ولادة ولكن يحمل ما يوجد من ذلك على عموم سببه أو خصوصه
وقد وجد عيسى صلى الله عليه وسلم على نينا وعليه بغير أب ولم يمنع ذلك من أن يتعلق التحريم بجنبه الأب
بسبب الولادة بجنبه الام (مسئلة) اذا ثبت ان للفحل تأثير في اللبن فان ذلك التأثير يثبت بالوطء
وان لم تقتصر به ولادة قاله ابن القاسم واحتج بما روى عن مالك انه قال الماء يعمل اللبن وقال صلى الله
عليه وسلم لقد هممت أن أنهي عن الغيلة قال مالك والغيلة أن يطأ الرجل المرأة وهي ترضع واذا كان
للوطن تأثير في اللبن وادار له دون ولادة جاز أن يكون له في التحريم تأثير كما لو تقدمت ولادة (مسئلة)
لو ولدت امرأة من رجل فارضعت المولود وفطمته ثم أرضعت بعد الفصال بذلك اللبن طفلاً آخر
لكان ذلك الرجل أباً له قاله ابن القاسم ووجهه أن أصل ذلك اللبن من وطئه فجميعه مضاف اليه
حتى يقطع بينه وبين ما أتى بعد انقطاعه وطء لغيره (مسئلة) ولو طلقها الزوج وهي ترضع
فتروجت غيره بعد انقضاء عدتها فحملت منه ثم أرضعت طفلاً قال ابن القاسم اللبن لها ما لم ينقطع لبن
الأول وقد رواه ابن نافع عن مالك ووجه ذلك ان لوطن كل واحد منهما تأثير في ذلك اللبن فوجب
أن ينشر الحرمة في جنبته ولم يذ كر محمد فحملت منه ولا معنى لاعتبار الحمل وانما يعتبر الوطن قاله
القاضي أبو محمد (مسئلة) وهذا اذا كان اللبن عن وطء حلال أو حرام قاله القاضي أبو محمد لانه لبن
امرأة فكان له تأثير في التحريم كما لو حدث عن وطء حلال واختلف فيه قول مالك فقال كل وطء
لا يلحق به الولد فلا يحرم على الفحل ثم رجع الى أن يحرم وقال عبد الملك لا يلحقه بذلك اللبن حرمة
حين لم يلحق به الولد ووجهه انه وطء زنى فلم تتعد حرمة الى جنبه الأب كحرمة النسب (مسئلة)
وهذا اذا كان ما يدر من ثدى المرأة لبناً فان كان ماءً أصفر أو غيره فلا يحرم واه ابن سحنون عن
ابن القاسم لان الرضاع يختص باللبن فوجب أن يختص حكمه به دون سائر المائعات (مسئلة)
وهذا اذا كان اللبن بغير وطء كالبرك يمص ثديها الصبي فتدر عليه فان ذلك ينشر الحرمة بسببها
دون سبب أب لانه لأب له في الرضاع ويدل على ذلك قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم
وأخواتكم من الرضاعة ولم يفرق بين الرضاع بلبن فحل أو غيره (مسئلة) وسواء كان لبن حية
أو ميمة خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذا لبن مؤثر في التحريم ووصل الى جوف
الضيع في الجوابين مع الحاجة الى الاغتذاء به فوجب أن ينشر الحرمة كالبن الحية (مسئلة) واذا
درا الرجل على الطفل فأرضعه قال مالك لا يحرم شيئاً انما قال الله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم

ووجه ذلك أن المعتاد رضاع النساء وهذا أن وجب فنادر ولا يتعلق به حكم لانه خارج من غير مخرجه المعتاد فاشبهه مص دمه ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها أخبرته أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو معها من الرضاعة بعد أن أنزل الحجاب قالت فأبيت أن آذن له على فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له على * ش قولها أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني واسم أبي القعيس وائل بن أفلح وهو عم عائشة من الرضاعة وقولها وهو معها من الرضاعة الظاهر أن أبا القعيس كان أباهما من الرضاعة ولذلك ينتسب أفلح إلى أخوة الأبا يكون نسب إليه لشهرته بالكنية أو غير ذلك فيكون أفلح بن أفلح أخا أبي القعيس وائل بن أفلح ولو كان أفلح أخا أبي بكر من الرضاعة لنسبته إليه لأن الظاهر أنها قصدت إلى أن تبين وجه عمومته وتعلق التعريم الثابت له بالرضاعة

(فصل) وقولها فأمرني أن آذن له على مرتين تريد والله أعلم بما تقدم من الانتساب الذي ذكرته من كونه عمالها ص * مالك عن ثور بن زيد الدثلي عن عبد الله بن عباس أنه كان يقول ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم * ش قوله ما كان في الحولين وإن مصة واحدة فانه يحرم يقتضي أن مدة الحولين مدة الرضاع إذا تولى فيها الرضاع واتصل ولو فطمته أمه فاستغنى بالطعام ثم أرضعته بعد ذلك امرأة في الحولين لم يحرم ذلك الرضاع وبه قال الأوزاعي وابن القاسم وأصبغ وقال مطرف وابن الماجشون يحرم إلى انقضاء الحولين وبه قال الشافعي وجه القول الأول أن الحولين مدة لنهاية الرضاع وكما قال الله تعالى والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فعلق ذلك ببارادة الاتمام ولولم يصح فطام قبل ذلك لما علق ذلك ببارادة من يريد اتمام الرضاعة ووجه القول الثاني أن الحولين اختصاصا بالرضاع فإذا وجد فيها ماء حرم كالأصل (مسئلة) وإنما يكون ذلك إذا فصل بين الرضاع الأول والثاني فطام كامل باستغنائه عن الرضاع بما انتقل إليه من الطعام فأما فطام يوم أو يومين فانه ينشر الحرمة لأن الرضاع الثاني مما يفذه لانه لم ينتقل بعد عن الثدي قال معناه ابن القاسم والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأة فأنها أرضعت أحداهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا للقيح واحد * ش منع عبد الله بن عباس أن يتزوج الغلام الجارية لما قدمناه من أنهما أخوان لأب من الرضاعة لأن الذي در اللبن عن وطئه وأضيف إليه رجل واحد ولذلك قال عبد الله بن عباس للقيح واحد فنص على معنى المسئلة والله أعلم ص * مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير * ش قوله لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر ولم يحدد ذلك بالحولين يحتمل أن يريد أن ما قرب من الحولين في حكم الحولين دون زيادة عليهما وبه قال الشافعي وهو ظاهر ما في الموطأ عن مالك ورواه القاضي أبو الفرج عن مالك الآن تنقص اليوم واليومين وما ينقص من الشهور إذا لا يتفق أن تكون الشهور كاملة وقد قال الله تبارك وتعالى حولين كاملين وروى اسمعيل القاضي عن ابن الماجشون الزيادة على الحولين بقدر الزيادة على الشهور ونقصانها ونحوه قال سحنون وروى عن مالك الزيادة اليسيرة على الحولين في حكم الحولين وجه القول الأول قول الله تعالى والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فوجه الدليل منها أنه تعالى جعل

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها أخبرته أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو معها من الرضاعة بعد أن أنزل الحجاب قالت فأبيت أن آذن له على فلما جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن آذن له على * وحدثنى عن مالك عن ثور بن زيد الدثلي عن عبد الله بن عباس أنه كان يقول ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم * وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأة فأنها أرضعت أحداهما غلاما وأرضعت الأخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية فقال لا للقيح واحد * وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير

الحولين تمام الرضاعة فدل ان ما زاد عليها ليس بمدد الرضاعة لان الرضاعة تمت قبلها ووجه الرواية الثانية ان ما زاد على الحولين في حكم الحولين لانه لا يستغنى عن الرضاع بانقضاء الحولين بل يحتاج الى تدريج فكان ما قاربهما وتم حكمهما في معناه (فرع) فاذا قلنا باعتبار الزيادة على الحولين فكذلك روى عبد الله بن عبد الحكم الزيادة اليسيرة وروى عبد الملك بن الماجشون الشهر ونحوه وروى ابن القاسم الشهر والشهران وروى الوليد بن مسلم والثلاثة وقال أبو حنيفة الحولان وستة أشهر بعدهما مدة الرضاع سواء فطم قبلها أو لم يطم والدليل على ما نقوله ان النص تناول حولين وانهما تمام الرضاع فاما يجب أن يكون تبعاً للمدة اليسيرة التي ينقض في مثلها حكم الفطام دون المدة الطويلة التي لها حكم نفسها فلا يحتاج الحولان اليها في تمام حكمها ص * مالك عن نافع ان سالم بن عبد الله أخبره ان عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أم كلثوم بنت أبي بكر فقالت ارضعيه عشر رضعات حتى يدخل على قال سالم فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعي غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات * مالك عن نافع ان صفية بنت أبي عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها * ش قوله أرسلتني الى أم كلثوم ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها لانها تكون خالة له من الرضاع فيحرم بذلك عليها كالأول ولدتها أم كلثوم وانما يجب أن تعتبر بهذا فيجعل المرضعة والدة فكل من كان يحرم عليه بهالو ولدتها يجب أن تحرم عليه اذا أرضعته (فصل) وقوله فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت يروى مرضت باضافة المرض الى سالم ويروى مرضت باضافة المرض الى أم كلثوم وهو الأنظر لان مرض سالم لم يكن يمنعها من ذلك وان منعها في وقت من الأوقات الا أن يبعد مكانه ويتعدت تكراره عليها (فصل) وقوله فلم أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات ثم يروى عنها انها قالت ثم نسخت ذلك بخمس رضعات يحرم ولعل ما اعتقدته من النسخ لم يظهر اليها الا ما أمرت به في قصة سالم بن عبد الله ولم تتم الخمس رضعات الناسخة عندها فلم يكن يدخل عليها وروى علي بن أبي طالب وابن عباس تحريم القطرة الواحدة اذا وصلت الجوف في مدة الرضاع وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأبو حنيفة وروى عن عبد الله بن الزبير لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان وروى عن عائشة عشر رضعات وروى عنها نسختها خمس رضعات والدليل على ما نقوله قول الله تبارك وتعالى وأمهاتكم اللائي أرضعنكم ولم يفرق بين رضعة وأكث من ذلك وأما الحديث الذي ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحرم المص ولا المصتان فعناء عند شيوخنا أن المص والمصتان لا تحرم لانه لا يحصل بها اجتذاب شيء من اللبن حتى يتكرر ذلك ودليلنا من جهة المعنى ان هذا معنى ينشر الحرمة فلم تعتبر فيه الولادة والطهر ص * مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره ان عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعته اخواتها أو بنات أخيا ولا يدخل عليها من أرضعته نساء اخوتها * ش قوله كان لا يدخل عليها من أرضعته نساء اخوتها ظاهره خلاف لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أذن لها أن يدخل عليها أخو أبي القعيس والأصح ان هذا وقع فيه بعض الوهم فيما روى من ذلك عنها فلم تكن لتخالف ما سمعت من النبي صلى الله عليه وسلم أو دخل عليها رضى الله عنها تأويل صرفت به ما سمعته من النبي صلى الله عليه وسلم عن

* وحدثني عن مالك عن نافع أن سالم بن عبد الله أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع الى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر فقالت ارضعيه عشر رضعات حتى يدخل على قال سالم فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات ثم مرضت فلم ترضعي غير ثلاث رضعات فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات * وحدثني عن مالك عن نافع ان صفية بنت أبي عبيد أخبرته ان حفصة أم المؤمنين أرسلت بعاصم ابن عبد الله بن سعد الى أختها فاطمة بنت عمر بن الخطاب ترضعه عشر رضعات ليدخل عليها وهو صغير يرضع ففعلت فكان يدخل عليها * وحدثني عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه انه أخبره أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخل عليها من أرضعته أخواتها أو بنات أخيا ولا يدخل عليها من أرضعته نساء أخوتها

* وحدثنى عن مالك عن ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب (١٥٣) عن الرضاة فقال سعيد كل ما كان

في الحولين وان كانت
فطرة واحدة فهو يحرم
وما كان بعد الحولين
فانما هو طعاماً كله قال
ابراهيم بن عتبة ثم سألت
عروة بن الزبير فقال مثل
ما قال سعيد بن المسيب
* وحدثنى عن مالك عن
يحيى بن سعيد انه قال
سمعت سعيد بن المسيب
يقول لارضاة الا ما كان
في المهد والاما أنبت اللحم
والدم * وحدثنى عن
مالك عن ابن شهاب أنه
كان يقول الرضاة قليلها
وكثيرها تحرم والرضاة
من قبل الرجل تحرم قال
يحيى وسمعت مالكا يقول
الرضاة قليلها وكثيرها
اذا كان في الحولين تحرم
فانما كان بعد الحولين
فان قليله وكثيره لا يحرم
شيأ وانما هو بمنزلة الطعام
* ما جاء في الرضاة
بعد الكبر *

* وحدثنى يحيى عن مالك
عن ابن شهاب أنه سئل
عن رضاة الكبير فقال
أخبرني عروة بن الزبير
ان أبا حذيفة بن عتبة بن
ربيعة وكان من أصحاب
رسول الله صلى الله عليه
وسلم وكان قد شهد بدرا

عمومه أو ما شاء الله تعالى من ذلك ويحتمل أن تريد به أن أرضعته اخواتها أو بنات أخيه فأى وجه
وجد الرضاة منهن ومن أى زوج كان أثبت حرمة الرضاة في الدخول وغيره وأما نساء اخوتها فمن
أرضعته قبل أن ينزوجهن اخوتها لم يكن يدخل عليها ولا تثبت به حرمة الرضاة ص * مالك عن
ابراهيم بن عتبة انه سأل سعيد بن المسيب عن الرضاة فقال سعيد كل ما كان في الحولين وان كانت
فطرة واحدة فهو يحرم وما كان بعد الحولين فانما هو طعاماً كله قال ابراهيم بن عتبة ثم سألت
عروة بن الزبير فقال مثل قول سعيد بن المسيب * مالك عن يحيى بن سعيد انه قال سمعت سعيد بن
المسيب يقول لارضاة الا ما كان في المهد والاما أنبت اللحم والدم * ش قوله رضى الله عنه ما كان
في الحولين وان كانت فطرة واحدة فهو يحرم وعلى أى وجه وصل ذلك من وجور أو لدود رواه ابن
حبيب عن مالك وأصحابه وكذلك ان كان مأكولاً في طعام أو مشروباً في شراب فذلك كله يقع
به التغذى وأما السعوط فقال ابن القاسم ان وصل السعوط الى جوف الصبي حرم وقال ابن
حبيب يحرم على الاطلاق وبه قال الشافعي وأما الحقنة فقال ابن القاسم ان كان فيه غداء الصبي
حرم والا فلا وقال ابن حبيب يحرم على الاطلاق وقال أبو محمد يبعد أن يصل الى موضع يحصل به
التغذى والله أعلم (مسئلة) ولو مزج اللبن بطعام أو شراب أو دواء فتناولوه صبي فان كان اللبن
ظاهراً فيه نشر الحرمة وان غابت عينه ففي المدونة عن ابن القاسم لا يحرم شيئاً وبه قال أبو حنيفة وروى
ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يحرم اذا كان الطعام أو الشراب الغالب وروى عنه
القاضي أبو محمد هذه الرواية فقال يحرم وان كان اللبن مستهلكاً وجه القول الاول ان استهلاكه
يبطل حكمه بدليل ان الخالف لا يشرب لبناً لا يحنث قاله القاضي أبو محمد ووجه القول الثاني ان
اختلاط اللبن بغيره لا يبطل حكمه كما لو لم يستهلك فيه لان الغداء يحصل به للطفل في الوجهين
ص * مالك عن ابن شهاب انه كان يقول الرضاة قليلها وكثيرها يحرم والرضاة من قبل الرجال
تحرم قال يحيى وسمعت مالكا يقول الرضاة قليلها وكثيرها اذا كان في الحولين تحرم قال فاما
ما كان بعد الحولين فان قليله وكثيره لا يحرم شيئاً وانما هو بمنزلة الطعام * ش قوله مالك رحمه الله
ما بعد الحولين من الرضاة لا يحرم يحتمل وجهين أظهرهما ما يقتضيه اللفظ من أن الحولين مدة
للرضاة دون ما زاد عليها وقد رواه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وأبو الفرج وروى عن ابن
الماجشون وسحنون والوجه الثاني أن يريد به الحولين وما في حكمهما لان ما زاد على الحولين
عنده في حكم الحولين لانه به يتم حكمهما والمقصود منهما

* ما جاء في الرضاة بعد الكبر *

ص * مالك عن ابن شهاب انه سئل عن رضاة الكبير فقال أخبرني عروة بن الزبير ان أبا حذيفة
ابن عتبة بن ربيعة وكان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد شهد بدرا وكان تبنى سالماً الذي
يقال له سالم مولى أبي حذيفة كاتبني رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة وأنكح أبو حذيفة
سالماً وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من

(٢٠ - منتقى - بع) وكان تبنى سالماً الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة كاتبني رسول الله صلى الله عليه وسلم
زيد بن حارثة وأنكح أبو حذيفة سالماً وهو يرى أنه ابنه أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ من

المهاجرات الأولى وهي من أفضل آيى قریش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل الله فان لم يملوا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم (١٥٤) رد كل واحد من أولئك إلى أبيه فان لم يعلم أبوه رد إلى مولاه

المهاجرات الأولى وهي من أفضل آيى قریش فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم رد كل أحد من أولئك إلى أبيه فان لم يعلم أبوه رد إلى مولاه فجاءت سهيلة بنت سهيل وهي امرأه أبي حذيفة وهي من بنى عامر بن لؤى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كننا نرى سالما ولدا وكان يدخل على وأنا أفضل وليس لنا الايت واحد فاذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها فكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فحين كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أخنها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحب أن يدخل عليها من الرجال وأبي سائر وأج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما ترى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهيلة بنت سهيل الارخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم وحده لا والله لا يدخل علينا هذه الرضاعة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير * ش جواب ابن شهاب من سأله عن رضاعة الكبير بهذا الحديث وما تضمنه من الخلاف دليل على ترجحه في الامر وتوقيه فيه وقوله أو أنا فضل قال ابن وهب مكشوفة الرأس والصدر وقيل معناه أن يكون معه ثوب واحد لا يزار تحته وقيل عن الخليل يقال رجل متفضل وفضل وهو المتوشح بثوب على عاتقيه خالف بين طرفيه ويقال امرأه فضل وثوب فضل فغنى ذلك انه كان يدخل عليها وبعض جسد هامتكشف وقوله صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات قال ابن المواز لو أخذ به في الحجابة خاصة لم أعبه وتركه أحب إلينا قال وماعت من أخذ به عاما الا عائشة رضي الله عنها وقدر وى مسروق عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فكأنه تغير وجهه كأنه كره ذلك فقالت انما هذا أخى فقال صلى الله عليه وسلم انظري من أخواتك فانما الرضاعة من المجاعة وهذا يمنع التحريم برضاع الكبير ولعلها حملته على التحريم ومن جهة الفحل ان كان أخوها ذلك أحر رضاعة من قبل الفحل ولذلك كانت تأمر بارضاع من يدخل عليها وأختها وبنات أخيها ولا تستبيح ذلك بارضاع نساء أخوتها وترى أن التحريم من قبل الفحل يختص بالصغير ولعلها كانت تقول به وترى التأويل مأتا ولته وتأخذ في فعلها بالاحزم وماعتين لنا أحد دخل عليها برضاعة الكبير وفي هذا الحديث الذي رواه مسروق عن عائشة دليل على ان الرخصة في قصته مختصة به وبسهيلة بنت سهيل لأنه لفظ خاص وقوله صلى الله عليه وسلم انما الرضاعة من المجاعة نفي لثبوت حكم الرضاعة في وقت لا يقع به الاعتداء على عمومه فيجب أن يحمل على عمومه الا ما خص منه بحديث سالم والله أعلم ص * مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل إلى عبد الله بن عمر وأنامعه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل إلى عبد الله بن عمر بن الخطاب فقال انى كانت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتى إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

فجاءت سهيلة بنت سهيل وهي امرأه أبي حذيفة وهي من بنى عامر بن لؤى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله كننا نرى سالما ولدا وكان يدخل على وأنا أفضل وليس لنا الايت واحد فاذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها وكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فحين كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال فكانت تأمر أخنها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق وبنات أخيها أن يرضعن من أحب أن يدخل عليها من الرجال وأبي سائر وأج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن لا والله ما ترى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهيلة بنت سهيل الارخصة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم وحده

لا والله لا يدخل علينا هذه الرضاعة أحد فعلى هذا كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة الكبير * وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن دينار أنه قال جاء رجل إلى عبد الله بن عمر وأنامعه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن عمر جاء رجل إلى عبد الله بن عمر بن الخطاب فقال انى كانت لي وليدة وكنت أطؤها فعمدت امرأتى إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت

ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم قال مالك والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع

ذلك والمرأة المغيلة التي ترضع ولدها وهي توطأ وأهل الطب يزعمون أن ذلك اللبن داء ويقال قد أغيلت المرأة إذا سقته غيلاً

(فصل) وقوله الغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع قال ابن حبيب عزل عنها أولم يعزل وقال الشيخ أبو عمران إنما حقيقة الغيلة الوطء مع الأنزال الآن يريد ابن حبيب أن الرجل إذا لم ينزل أنزلت المرأة لأن ماءها يغيب اللبن وحكي ابن أبي زمنين أن أصل الغيلة ههنا الضرر بقا خفت غائلة كذا أي خفت ضرره * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعسدي أن يكون معناه أن الوطء يغيب اللبن بمعنى يكثره وإذا كان له فيه تأثير بالتكثير جاز أن يكون له تأثير بالتغيير قال بعض أهل اللغة أن الغيلة أن ترضع المرأة المرضع ولدها وهي حامل

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن أنهي عن الغيلة يدل على أنه قد كان يقضى ويأمر وينهى بما يؤديه إليه اجتهاده دون أن ينزل عليه شيء ولذلك هم أن ينهى عن الغيلة لما خاف من فساد أجساد أمتهم وضعف قوتهم من أجلها حتى ذكر أن فارس والروم تفعل ذلك فلا يضر أولادهم ذلك يحفل أن يريد صلى الله عليه وسلم أنه لا يريد أن يضر رعا ما واما يضر في النادر فلذلك لم ينه عنه ولم يحرمه فبقا بالناس لما في ذلك من المشقة على من له زوجة واحدة فيمتنع من وطئها مدة فتاحقه بذلك المشقة وهذه مشقة عامة فكانت مرعاتها أرفق بأمته من المشقة الخاصة التي لا تلحق إلا اليسير من الأطفال فالله أعلم قال ابن حبيب العرب تتقي وطء المرضع أن يعود من ذلك ضرر على الولد صريح في جسم أو علم (مسئلة) وإذا أجرت امرأته نفسها في الرضاع باذن زوجها فان لوالد الصبي أن يمنع زوجها من وطئها مدة الرضاع قاله ابن القاسم قال أصبغ ليس ذلك إلا بشرط في أصل الاجارة أو يكثر ضرر الصبي به ويتبين ذلك فيمنع ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسخت بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن * قال مالك وليس على هذا العمل * ش قوله رضي الله عنها كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من هذا الذي ذكرت عائشة رضي الله عنها أنه نزل من القرآن مما أخبرت عن أنه ناسخ أو منسوخ لا يثبت قرآن لأن القرآن لا يثبت إلا بالخبر المتواتر وأما خبر الآحاد فلا يثبت به قرآن وهذا من أخبار الآحاد الدخلة في جملة الغرائب فلا يثبت بمثله قرآن وإذا لم يثبت بمثله قرآن فمن مذهبن أن من ادعى فيه أنه قرآن وتضمن حكماً فانه لا يثبت ذلك الحكم إلا أن يثبت بما يثبت به القرآن من الخبر المتواتر لأن ذلك الحكم بثبوت فرغ عن ثبوت الخبر قرآناً ولو سلمنا أنه من جملة ما يصح التعلق به لما كانت فيه حجة لانها قالت أنه كانت فيه عشر رضعات معلومات يحرم من ولا يدل أن ما دون العشرة لا يحرم من الأمن جهة دليل الخطاب وقد قررنا أن لا نقول به ولو كنا نقول به لخصناه وعدلنا عنه بما تقدم من أدلتنا

(فصل) ويحتمل أن تريد بقولها ثم نسخت بخمس معلومات يريد نسخ اسمها وتلاوتها دون حكمها بان تلي مكان العشر الرضعات خمس رضعات ولذلك لم تتعرض لذلك كالحكم وإنما أخبرت عن التلاوة فقالت فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي مما يقرأ ولم تقبل وهي مما يعمل به ولا يحرم بمادونه ولا يحتاج الزيادة عليها في ثبوت التعريم وبالله التوفيق

(فصل) وقول مالك رحمه الله وليس على هذا العمل يريد ليس تأويل الفقهاء الذين يعمل

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسخ بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ من القرآن قال يحيى قال مالك وليس على هذا العمل

بأقوالهم ويعتد مدعى مذاهبهم فيها على ما يتأولونه فيها لانه وان يسرع الناس الى تأويلها على غير وجهها فليس كل من يتعاطى ذلك يفهم وجه التأويل وان كرر عليه بل قد يتعقب بالتأويل والنظر ولا سيما في وقتنا من يضعف فهمه عن تحقق الظواهر فاستغنى عن فهمهم بقوله ليس على هذا العمل والمراد به ما قدمناه والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ ما جاء في بيع العربان ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب البيوع ﴾

﴿ ما جاء في بيع العربان ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك ﴾

عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم نهى عن بيع العربان * قال مالك وذلك فيما يرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة

أو يتكاري الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكاري منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من

ذلك أو أقل على أنى أن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريه منك فالذى أعطيك هو من ثمن السلعة

أو من كراء الدابة وان تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء * ثم

قوله نهى عن بيع العربان البيع معروف وهو يفترق الى إيجاب وقبول ويلزم بوجودهما بلفظ

الماضي فإذا قال المبتاع بعنى فقال البائع بعتك فقد حكي أصحابنا العراقيون أن البيع يصح وينعقد

به وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد حتى يقول المبتاع بعد ذلك اشتريت أو قبلت والدليل على

صحته ما نقلوه أن كل ما كان إيجابا وقبولا في عقد النكاح كان إيجابا وقبولا في البيع كما لو قال قبلت

بعد الإيجاب (مسئلة) إذا ثبت ذلك فليس للإيجاب والقبول لفظ معين وكل لفظ أو إشارة فهم

منه الإيجاب والقبول يلزم به البيع وسائر العقود إلا أن في الألفاظ ما هو صريح لا يحتمل التأويل

مثل أن يقول البائع بعتك هذا الثوب بدینار فيقول المبتاع قد قبلت أو يقول المبتاع قد ابتعت منك

هذا الثوب بدینار فيقول البائع قد بعته منك فهذا يلزم به العقد المتبايعين وأما الألفاظ المحتملة

فلا يلزم البيع بهما بمجردا حتى يقتربا عرف أو عادة أو ما يدل على البيع وذلك مثل أن يقول

المبتاع بكم سلعتك فيقول البائع بدینار فيقول المبتاع قد قبلت فيقول البائع لا أبيعك فان كان في

سوق تلك السلعة ففي العتية من رواية أشهب عن مالك يلزمه البيع وفي المدونة من رواية ابن القاسم

يحلف ما ساومه على إرادة البيع وما ساوم إلا أمر يذكره عند ذلك ولا يلزمه البيع وجه رواية

أشهب أن إيقافه في السوق دليل على إرادة البيع وقد وجد منه لفظ يصح أن يستعمل في البيع

فوجب أن يلزمه ووجه رواية ابن القاسم أنه يصح أن يكون له غرض من تعرف ثمن سلعة ونهاية

ما يعطى بها واللفظ ليس بصريح في انفاذ البيع لان البيع علق بالمستقبل دون الماضي فإذا حلف

أنه لم يرد البيع وانما أراد ما يمكن إرادته ويصح الغرض فيه لم يلزمه وأن يحلف لزمه البيع وهذا ان

لم يكن لأعباء فان علم أنه قصد اللعب لم يلزمه البيع رواه أشهب عن مالك

(فصل) وقوله بيع العربان فسر مالك بما تقدم وقال ابن حبيب العربان أول الشيء وعنفوانه

والمنهى عنه من ذلك أن ينعقد عليه البيع ولذلك أضافه إليه على وجه أن كره المشتري البيع كان

مادفعه للبائع دون عوض فهذا الذي نهى عنه لانه من أبين المخاطرة وأما العربان الذي لم ينع عنه

فهو أن يبتاع منه ثوبا أو غيره بالخيار فيدفع اليه بعض الثمن محتوما عليه ان كان مما لا يعرف بعينه على

شئ

انه ان رضى البيع كان من الثمن وان كرهه رجع اليه ذلك لانه ليس فيه خطر يمنع صحته وانما فيه تعيين للثمن أو بعضه (مسئلة) اذا وقع البيع والكره على ما منع منه من بيع العربان فقد قال على بن دينار يفسخ وان فات كانت فيه القيمة ووجه ذلك ما دخله من الغرر والخطر بما ذكره من العربان ص * قال مالك والأمر عندنا أنه لا بأس بأن يبتاع العبد التاجر والفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشتري منه العبد بالعبد أو بالأعبد إلى أجل معلوم اذا اختلف فبان اختلافه فان أشبه ببعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وان اختلفت أجناسهم * قال مالك ولا بأس بأن تباع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه * ش وهذا كما قال وذلك ان يبيع الجنس الواحد من السلع والحيوان بعضه ببعض على ضربين نقدا ونسأ فأما النقد فهو جائز في الجنسين والجنس الواحد ما لم يكن مقتانا متفاضلا وأما النسأ فهو على ضربين أحدهما أن يكون العوض من غير جنس العوض منه والآخرا أن يكون من جنسه فان كان من غير جنسه جاز التفاضل وان كان من جنسه لم يجوز متفاضلا وذلك في أربعة أبواب * الأول ان ما ليس بمقتات ولا عين فانه يجوز التفاضل فيه نقدا * والباب الثاني ان النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض * والباب الثالث ان النساء مع اختلاف المنافع لا يمنع المعاوضة * والباب الرابع في بيان معنى المنافع المقصودة في الأجناس

(الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا)

وهو من ذهب مالك رحمه الله وسأأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(الباب الثاني في أن النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة)

وهو من ذهب مالك رحمه الله وقال الشافعي كل ما يجوز فيه التفاضل يدايد فانه يجوز فيه التفاضل والتساوي نساء والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك رحمه الله ما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة قال أبو عيسى الترمذي حديث الحسن عن سمرة في بيع الحيوان بالحيوان صحيح وسامعه منه صحيح كذلك قال علي بن المديني ولنا في المنع من ذلك من جهة المعنى طريقان أحدهما انه ممنوع منه لنفسه والثاني انه ممنوع منه للذريعة فأما الطريقة الأولى فان اشتراط الزيادة في الجنس مع الأجل مفسد للعقد كاشتراطه في السلف وأما المنع منه للذريعة فانه لا خلاف أن اشتراط الزيادة في السلف غير جائز ولا فرق بينه وبين اشتراطه في البيع من جهة الصورة فوجب أن يكون ممنوعا لتلايئ وصل به الى الممنوع المتفق على تحريره (مسئلة) اذا ثبت المنع مع التفاضل فهل يثبت على التساوي قال القاضي أبو محمد ان ذلك جائز ورواه ابن القاسم وغيره وبه قال أبو حنيفة وجه قول القاضي أبي محمد أن المنع من ذلك انما هو للذريعة ومع التساوي تضعف التهمة فيبطل حكم المنع ووجه القول الثاني أن هذه ذريعة الى قرص تجبر به منفعة فيكون من له الثوب يدفعه في مثله ليكون في ضمان القابض له الى أجل تعاقدما ووقت انتقاعه ولما كان هذا عقدا منع من التفاضل فيه وجب أن يمنع من التساوي كالعرض

(الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصح بيع بعض الجنس ببعضه الى أجل متفاضلا)

وهو من ذهب مالك وقال أبو حنيفة ان ذلك لا يجوز مع اختلاف المنافع اذا كانا من جنس والدليل على ما نقوله قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

* قال مالك والأمر عندنا أنه لا بأس بأن يبتاع العبد التاجر والفصيح بالأعبد من الحبشة أو من جنس من الأجناس ليسوا مثله في الفصاحة ولا في التجارة والنفاذ والمعرفة لا بأس بهذا أن تشتري منه العبد بالعبد أو بالأعبد إلى أجل معلوم اذا اختلف فبان اختلافه فان أشبه ببعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وان اختلفت أجناسهم * قال مالك ولا بأس بأن تباع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه اذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي اشتريت منه

وهذا عام وهذه المسئلة عندنا مبنية على أن اختلاف المنافع هي المعتبرة في الجنس فإذا ثبت لنا هذا ثبت جواز التفاضل لانه لا يخالفنا في جواز التفاضل في الجنسين مع التساوي وسندل عليه أن شاء الله تعالى (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز الكبير في الصغير إلى أجل لانهما جنسان متباينان وليس فيهما وجه من وجوه التهمة وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم أن مالكا كره أن تسلم كبارا الحرف في صغار البغال لانها تنتج منها البغال الآن يكون الأجل قريبا خمسة أيام وشبهها مما لا تهمة فيه وهذا ليس من الوجه المذكور وانما هو لانه لا يجوز أن تسلم شيئا مما يخرج منه لما فيه من أنواع المزاجين فإذا آن ذلك لأن أجل السلم يمنع من أن يخرج منه ما سلم فيه صح ذلك والله التوفيق (مسئلة) وأما تسليم صغير في كبير إلى أجل فروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم إجازته وروى ابن المواز المنع منه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا انما يجب عندى أن يمنع إلى أجل يكبر فيه مثل ذلك الصغير فيصير مثل الكبير المسلم فيه وذلك من الوجه المتقدم وليس من معنى هذا الباب بسبيل وذهب جمهور أصحابنا إلى المنع من تسليم صغير في كبير أو كبير في صغير ويجب أن يكون بمعنى ما تقدم من المنع في المستثنين المتقدمين وقد اختلفوا في تجوز صغير في كبيرين وكبيرين في صغيرين وذكر القاضي أبو محمد أن ذلك كله جائز وهو الصحيح لانهما جنسان يختلفان يصح التفاضل بينهما فصح التساوي كالثياب بالابل والبقر ووجه آخر وهو أن التفاضل في المقدار أبغى في افساد العقود من التفاضل في الصفات بدليل انه لا يجوز التفاضل بالنقد في الطعام ويجوز فيه التفاضل بالجودة والصفة ثم ثبت وتقرر أن هذا يجوز فيه التفاضل بالمقدار فإن يجوز فيه التفاضل بالصفة أولى وأخرى (مسئلة) وأما اختلاف الجنس بالمنافع مع الاتفاق في السن فلا بأس به الواحد بالاثنتين والاثنتين بالواحد وهل يسلم الواحد من ذلك في الواحد روى القاضي أبو اسحق في مبسوطه عن مالك إجازته في البعير النجيب بالبعير من حاشية الابل وفي المدونة مثل ذلك عن ابن القاسم في العبد التاجر في العبد الذي ليس بتاجر وهو الصواب لان اختلاف المنافع قد جعلهما جنسين يجوز فيهما التفاضل فإن يجوز فيهما التساوي أولى وعقد هذا الباب أن ما حكم فيه بالجنسين فإن التساوي والتفاضل يجوز فيهما

(الباب الرابع في تبين المنافع المقصودة التي يتبين بها معنى الجنس)

الأصل في ذلك أن معنى الجنس عندنا في هذا الباب ما انفرد بالمنفعة المقصودة منه فإذا اختلف الشبان في المنفعة المقصودة منهما كانا جنسين مختلفين وإن سمي باسم واحد وان اتفقا في المنفعة المقصودة واختلفا في الاسم فالذي يقتضيه قول ابن القاسم في البغال والحيران هما جنس واحد ان الاعتبار باختلاف الاسماء والذي يقتضيه قول ابن حبيب انهما جنس ان الاعتبار أيضا بالاسماء والدليل على صحة ذلك اننا انما منعنا التفاضل في الجنس الواحد للزيادة في السلف وأجزائه في الجنسين لتعريه من ذلك فوجب أن تراعى المنفعة المقصودة من العين لأن من طلب الزيادة في السلف فانما يطلبها مع استرجاع ما سلف وبقاء تلك المنفعة المقصودة له فإذا استرجع ما فيه منفعة أخرى بغير منفعة العين التي سلف لم تحصل له الزيادة في السلف ولذلك جواز التفاضل بين التمر العربي والتمر الهندي وبين الجوز الهندي والذي ليس بهندي (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن اختلاف المنافع في الجنس يكون على ضربين أحدهما أن تختلف منافعها للصغر والكبر والثاني أن تختلف للتناهي في المنفعة المقصودة من ذلك الجنس فالصغر والكبر فإنه يختلف باختلاف جنس الحيوان فإن

كان الحيوان مما تصح فيه الحرية كبنى آدم ففي الواضحة ان الرقيق صنف واحد كوره واثاته
صغاره وكباره مجمعه وعريه والقياس عندي أن يكون صغيره جنسا مخالفاً الكبيره لان المنافع
التي يتميز بها الجنس من التجارة والصنائع لا تصح من الصغير (مسئلة) فان كان مما لا تصح فيه الحرية
فلا يخلو أن يكون مما المقصود منه الا كل فان كان مما لا يقصد منه الا كل كالخيل والبغال والحمير
فان جنس صغارها مخالف لكبارها لان المقصود من كبارها غير المقصود من صغارها وان كان مما
يقصد منه الا كل كالابل والبقر والغنم والطير فانه على ثلاثة أقسام أحدها أن يكون فيه مع ذلك
عمل مقصود كالابل والبقر فهذا القسم لا خلاف ان صغاره مخالف لكباره والثاني لا يكون فيه عمل
مقصود ولا منفعة مقصودة فهذا لا خلاف في أن صغاره من جنس كباره كالخيل واليحم والقياس
الثالث أن لا يكون فيه عمل مقصود وتكون فيه منفعة مقصودة من لبس ونحوه فهل يختلف جنسها
بالصغر والكبر أم لا وروى ابن المواز عن مالك في ذلك روايتين احدهما لا تختلف لان المقصود
من هذا الحيوان الا كل ويستوى في ذلك صغاره وكباره والثانية تختلف بذلك لان المقصود من
كبار الغنم الدر والنسل وهو منفعة مقصودة كالعمل في الابل والبقر وكذلك الدجاج قال ابن
القاسم كلها صنف ذكورها واناثها قال أصبغ لا يسلم بعضها في بعض الا الدجاج ذات البيض فانها
صنف تسلم الدجاجة البيوض أو التي فيها بيض في الديكين (فرع) والسن الذي هو حدين الصغر
والكبر أن يبلغ حد الانتفاع بها المنفعة المقصودة . قال ابن المواز وهو أن يسافر عليه فالجذع
ما قصر عن ذلك من جملة الصغار والحولى صغير وأما البغال والحمير فروى ابن المواز عن مالك أن
الحولى صغير والرابع كبير ويحتمل أن يكون الجذع من جملة الكبار كالخيل وأما الابل فروى ابن
المواز عن مالك لا خير في ابنتي مخاض في حقته ولا حقة في جذعتين ويحتمل انه منع ابنتي مخاض في
حقته لانها من سن الصغر ومنع حقة في جذعتين على رواية من منع صغيرا في كبير فان الجذع أول
أسنان الكبير في الابل ويحتمل انه منع بنتي مخاض في حقته على رواية من منع صغيرين في كبير
ومنع حقة في جذعتين لانها من سن الكبر فتكون الحققة من حين الكبير لان ذلك سن يستعمل
في المنفعة المقصودة وهو الحمل (فرع) وأما البقر فان حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرب
وفي الاناث على قول ابن القاسم مثل ذلك وعلى قول ابن حبيب أن يبلغ سن الوضع واللبن وأما اللبن
فان فرقنا بين صغارها وكبارها فحد الكبير أن يضع مثلها ويكون فيها اللبن ويجب على هذا أن يكون
ذكورها من جنس صغارها لانه ليس فيها غير اللحم الا النزر ولا اعتبار به في اختلاف الجنس
كالخيل والحمير (فرع) وأما الرقيق فان حد الكبير فيهم ان فرقنا بين صغارهم وكبارهم ان يبلغ
سن من يطبق التكسب بعمله أو تجارته وذلك عندي الخمسة عشر سنة ونحوها أو الاحتلام
(مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المنفعة المقصودة من العبد أن يكون قادرا على التكسب بمعنى استفاد
في التعليم لا يكون شائعا في الجنس كالجارة والصناعة فأما التجارة والجزارة والبناء والخطاطة فهي
مع الفصاحة والحساب أس والكتابة والقراءة اذا تقدمها نفاذ يمكنه التكسب بها وهكذا يجري
هذا المجرى وليس كذلك الاعمال المعتادة التي يعملها أكثر الناس بجنس يباين به من لا يعمل ذلك
العمل كالخرب والحصاد في الرجال والغزل في النساء لانهما كان هذا العمل معتادا يمكن أكثر هذا
الجنس كان بمنزلة المشي وسائر أنواع التصرف المعتاد (مسئلة) وليست الذكورة بجنس في
الرقيق ولا في شيء من الانعام الا أن يكون معه من المنافع المقصودة ما يقتضي ذلك وهذا حكم جميع

الحيوان وأما الصناعة في الاماء فكالطبخ والخبز والرقم والنسج وكل نوع من ذلك مخالف للآخر
الا لطبخ والخبز فانه صناعة واحدة وجنس واحد وأما الكتابة فروى محمد عن ابن القاسم ليست
بجنس في الاماء وروى عيسى عنه أنها ان كانت فائقة فيها انه جنس تبين به من غيرها ويحتمل ذلك
وجهين أحدهما أن يكون ذلك قولاً واحداً ان النفاذ في ذلك والتقدم حتى يمكن التكسب به جنس
مقصود وان الكتابة اليسيرة التي لا يمكن الاكتساب بها ليست بجنس مقصود والوجه الثاني ان
ذلك على قولين أحدهما انه ليس بجنس في الاماء مع النفاذ بخلاف العبيد والثاني حكمها في ذلك
حكم العبيد (مسئلة) وأما الجمال فهل يكون جنساً في الاماء روى عيسى عن ابن القاسم ان ذلك
ليس بجنس وروى محمد عن أصبغ انه جنس مقصود ورأيت بعض فقهاء القرويين يتكلمون ان ابن
وهب رواه وجهه قول ابن القاسم انه معنى لا يتكسب به الاماء فلم تختلف به أجناسهن كالقوة ووجه
قول أصبغ ان الأثمان تختلف باختلافه وتفاوتته (مسئلة) وليس الغزل ولا عمل الطيب
بجنس لان الغزل معتاد في النساء شامل وعمل الطيب ليس مما يكاد أن تنفرد بالتكسب به بل
ذلك شائع في جميع النساء وهذا معنى ما احتج به ابن الموزان في هذه المسئلة (مسئلة) والمقصود من
الخيل السبق والجودة لانها بما تباين سائر الحيوان المتعد فاذا كان سابقاً فانه فليس من جنس
ما ليس بسابق من الخيل والمقصود من الابل القوة على الحمل فان كان مما يباين غيرها في القوة على
ذلك فهو من غير جنسه وليس السبق بمقصود فيها لانها لا تتراد للسبق ولذلك لا يسهم لها وان جاز أن
يكون منها ما يسابق فان ذلك ليس بمنفعة أفضل هذا الجنس وأغلبه ألا ترى ان من الخيل ما تكون
فيه القوة على الحمل ولا يتخذ لذلك ولا يميز به في الجنس عما ليس بقوى على الحمل لان الحمل ليس
بمقصود من أفضل هذا الجنس ولا أكثر (مسئلة) وأما البغال والخير فقال ابن القاسم هي جنس
واحد وقال ابن حبيب هما جنسان مختلفان وذكر ان كل واحد من الجنسين يفارق جنسه بالسير
والجري يريد مع السير قال فابن القاسم أن الاسماء لا اعتبار بها فلما اتفقت في المعنى المقصود منها
كانت جنساً واحداً وان لم يشم لها اسم واحد وهذا أشبه بمذهب مالك رحمه الله ووجه ما قاله ابن
حبيب ان اختلاف الاسماء الخاصة بوجوب اختلاف الجنس وانما يراعى اختلاف المنافع واتفاقها
في الجنس الواحد (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فهذا يختلف في أنفسها قال ابن القاسم ان
البغال كلها مع الجرم المصرية مخالف للاعرابية ولا تختلف بالسير والقيم وانما تختلف بالمغز
والكبر ووجهه ان المقصود منها الركوب للجمال وهي متقاربة فيه وقال ابن حبيب تختلف باختلاف
السير لان السير هو المقصود منها فيجب أن تختلف باختلافه (مسئلة) والمنفعة المقصودة من البقر
القوة على الحرث لانه العمل الذي تفعله ولا خلاف في ذلك كورها وأما انائها فحكى ابن حبيب أن
المقصود منها كثرة اللبن والظاهر من مذهب ابن القاسم ان حكمها حكم الذكور والفرق بين اناث
البقر واناث الغنم أن اناث البقر لها منفعة تختص بذكورها واناثها واناث الغنم ليس فيها شيء من
ذلك فاذا قلنا برواية ابن حبيب جاز تسليم البقرة الكثيرة اللبن وان كانت قوية على الحرث في الثور
(مسئلة) وأما الغنم فانها على ضربين معروضان فأما المعرفات تختلف بكثرة اللبن لانه المقصود منها
وأما الضأن فروى يحيى عن ابن القاسم ان كثرة اللبن لا يختلف فيه جنس الضأن وقال ابن القاسم
في المدونة ان اللبن معتبر في الغنم من غير تفصيل وجه رواية يحيى عن ابن القاسم ان اللبن لا يكاد
يتباين الا في الماعز وأما الضأن فتقاربة في اللبن ووجه رواية سحنون ان هذا حيوان ذولين ولا يقصد

به العمل فوجب أن يختلف جنسه بكثرة اللبن وقتله كالماعز (مسئلة) فأما الطير فإنه على ضربين أحدهما يقصد منه البيض والثاني لا يقصد فأما ما لا يقصد منه البيض فذكوره وإناثه وصغاره وكباره جنس واحد وأما ما يقصد منه البيض كالديك فاختلاف أصحابنا فيه فروى عيسى عن ابن القاسم ليس مما يختلف فيه الجنس وقال أصبغ يختلف به الجنس وجه رواية ابن القاسم أن البيض في الديك ليس يقصد بالافتناء له في الأغلب وإنما يقصد بالدم وذلك متساو في جميعها ووجه آخر أن هذه ولادة والولادة لا تعتبر بها في الجنس قلت وأكثر كسائر الحيوان ووجه قول أصبغ أن البيض معنى مقصود من هذا الجنس من الحيوان كاللبن في النعم

(فصل) وقوله فإن أشبه بعض ذلك بعضا حتى يتقارب فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وإن اختلفت أجناسها يريد أن يكون الرقيق سودا أو بيضا ورما أو نوبه فإن ذلك ليس باختلاف فيهم يبيع التفاضل مع النساء

(فصل) وقوله ولا بأس أن يبيع ما اشترى من ذلك قبل أن تستوفيه إذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي ابتعت منه يريد أن ما أسلمت فيه من الرقيق يجوز أن تبعة قبل أن تستوفيه وكذلك كل ما ليس بمطعموم عند مالك فإنه يجوز بيعه قبل أن يستوفى إذا كان في الذمة وقوله إذا انتقدت ثمنه وكان مؤجلا لم يجوز لأنه من اشتراط انتقاد الثمن في المبيع الذي ألزمه لأنه إذا لم ينتقد ثمنه وكان مؤجلا لم يجوز لأنه من بيع الكالئ بالكالئ أو فسخ الدين في الدين وإن أخذ من غير جنس ماله عنده فلا يخلو أن يكون من جنس الثمن فإنه على ضربين أحدهما أن يكون الثمن عينا والثاني أن يكون عرضا فإن كان عينا من جنس واحد فإن له أن يأخذ مثل الثمن سواء عددا وصفة لأن ما له إلى السلف الجائر فليس فيه وجه من وجوه الفساد ولا يجوز له أن يأخذ أكثر عددا وصفة لأن ما له إلى الزيادة في السلف وذلك غير جائز وهل له أن يأخذ أدنى عددا أو وصفة جوز به بعض أصحابنا وأباه ابن أبي سامة ووجه جوازه أن ماله تبعه فيه التهمة أن يعطى عينا لأخذ أقل عددا منه وأدنى صفة وسيأتي ذكر منعه بغير جنس الثمن وبيعه من غير بائع إن شاء الله تعالى

ص قال مالك لا ينبغي أن يستثنى جنين في بطن أمه إذا بيعت لأن ذلك غرر لا يدرى أذ كره أم أنى أحسن أم قبيح أو ناقص أو تام أو حى أو ميت وذلك يوضع من ثمنها ش وهذا كما قال أنه لا يجوز أن تباع أمة أو شيء من أئاث الحيوان ويستثنى جنين في بطنها وعلل ذلك بعلتين أحدهما أنه مجهول الصفة والحياة والثانية أنه ينقص ذلك من ثمنها وهذا تعليلان صحيحان وذلك أن الاستثناء من المبيع على ضربين أحدهما أن يستثنى جزء من الجملة فإنه لا يخلو من ثلاثة أقسام أحدها أن يكون جزءا شائعا والثاني أن يكون جزءا معينا والثالث أن يكون جزءا مقدر غير شائع ولا معين فإن كان جزءا شائعا فإنه يصح في جميع الحيوان وفي غير الحيوان كبيع ربع العبد والدابة والثوب والدار (مسئلة) وإن كان جزءا معينا فلا يخلو أن يكون في حيوان أو غير حيوان فإن كان في حيوان فإنه على ضربين أحدهما أن يكون معينا كالجنين وما في ظهر الفحول ولحم الفخذ فهذا لا يجوز بوجه لأن المبتاع قد استثنى من الجملة ماله لا نعلمه وإذا لم نعلمه لم نعلم باقي الجملة وهذا في أجنة الإناث وما في ظهور الفحول واضح الفساد لأنه يمنع من قبض المبيع والتصرف فيه المدة الطويلة وأما استثناء نخل الناقة فإنه يصح أن يقال ذلك على قولنا أن المستثنى مبيع وهذا أظهر فيها الخج به في قولنا أنه لا يدرى أن الجنين حسن أم قبيح أو ذكرا أو أنى أو حى أو ميت وهذا إذا كان باقيا على ملكه لا يجب أن يؤثر في البيع لسلامة المبيع في ذلك وإنما

* قال مالك لا ينبغي أن يستثنى جنين في بطن أمه إذا بيعت لأن ذلك غرر لا يدرى أذ كره أم أنى أحسن أم قبيح أو ناقص أو تام أو حى أو ميت وذلك يوضع من ثمنها

يؤثر فيه على قولنا انه مبيع مسترجع فأفسد البيع استرجاعه لانه به تم والله أعلم (فرع) وسواء استثنى الجنين عتيقاً أو رقيقاً فانه لا يجوز ويفسخ البيع رواه في المبسوط ابن نافع عن مالك وقال الأوزاعي وابن حنبل يجوز أن يبيع الرجل أمته الحامل ويستثنى ما في بطنها والدليل على ما نقوله ان هذا جزء معين من الجلة فلم يجز استثنائه من الأمة كيدها أو رجلها (فرع) فاذا انعقد البيع على ذلك فانه يبطل ويفسخ ما لم تنف الجارية عند المتباع زيادة أو نقصان أو حواله أسواق فان دخلها شيء من ذلك لزمته بقيتها يوم قبضها فان ولدت عند المشتري وقبض البائع الطفل نقض بيعه فيه ورده الى المتباع وهذا اذا ولدته بعد تقويم الأم على المشتري فأما اذا ولدته قبل ذلك فان هذا انما يستقيم على قولنا ان المستثنى مبيع مع الجلة ولو قلنا انه غير مبيع لكان للبائع على كل حال لانه لم يخرج عن ملكه ببيع ولا غيره والمذهب مبنى على ما تقدم (فرع) فاذا قلنا ذلك وفات الجنين عند البائع بوجه من وجوه الفوات المتقدم ذكرها لزمه بالقيمة يوم قبضه ولزمه ما أن يجمعها بين الأم وابنها في ملك أحدهما أو يبيعانها معاً من غيرهما (مسألة) فان كان معيناً غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو أن يكون الحيوان مما لا يستباح ذبحه كالرقيق أو يستباح ذبحه كالأنعام فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز بيعه واستثناء جزء معين منه فلا يجوز بيع الأمة واستثناء يدها أو رجلها أو رأسها لان الذي باع معيناً منها لا يمكن تسليحه ولا الانتفاع به لانه ان استثنى رجله لا يجوز للمتباع أن يأمرها بالمشي والتصرف لان البائع يمنعها من القيام أو المشي رجلها المستثناء لان حقه متميز ولا يجبر البائع على تصرف حقه المتميز وليس كذلك الجزء الشائع فانه يجبر على التصرف المعتاد مع الشريك كالدار المشاعة بين الشريكين ان أراد أحدهما إخلاءها والمنع من الانتفاع بها لم يكن له ذلك واذا تمزج حقه منها كان له ذلك في حقه (مسألة) وان كان من الحيوان المستباح ذبحه كالأنعام فانه ان وقع البيع على هذا بشرط التبقية لا يجوز (مسألة) فان كان بشرط الذبح فلا يخلو أن يكون المستثنى له قدر وقيمة يسقط له بعض الثمن أو لا قدر له فان كان له قدر وقيمة كالخذ والسواق حيث تكون له قيمة فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز وجوز ابن حبيب بيع الشاة واستثناء الأكارع والرأس حيث تكون لها قيمة ووجه القول الأول انه مبنى على أحد فصلين إما أن يكون لهما استثناء دون جلد والمستثنى عنده مبيع فلم يجوزه لانه استثنى معيناً وإما أن يكون لما شرط أخذه بعد الذبح فكان كأنه باعه مذبوحاً وعند الذبح يعلم من صفته ما لا يعلم اليوم فنع ذلك صحة العقد ووجه قول ابن حبيب ما احتج به وانه استثنى جزءاً ظاهراً معيناً فلم يمنع ذلك صحة العقد وهذا مبنى على أن جلد العضو المبيع مستثنى مع ذلك العضو فلذلك صار المستثنى مرثياً (مسألة) وان كان استثناء الجلد بحيث له قدر وقيمة فالذي رواه ابن القاسم عن مالك ان ذلك لا يجوز وروى ابن حبيب عن ابن وهب تجوز به وقول ابن القاسم مبنى على تعذر المعرفة بقدره وجنسه وجودته وورده وعلو انه لا يجوز بيع اللحم المغيب لانه اذا استثنى الجلد فقد أفرد اللحم بالبيع وهو مغيب ووجه قول ابن وهب انه يمكن معرفته فيمكن استثنائه وبيع اللحم المغيب بجلده كما لو لم يكن للجلد قيمة (مسألة) وان كان المستثنى من الجلد والرأس والأكارع في الاسفار بحيث لا قيمة لشيء من ذلك ففيه عن مالك وإتقان أحدهما الجواز والأخرى المنع وقال القاضي أبو محمد ان المحققين من أصحابنا جعلوا ذلك رواية واحدة المنع حيث تكون له قيمة والاجازة حيث لا تكون له قيمة (مسألة) وأما ان كان المستثنى من الحيوان مقدراً على غير ما يبيع ولا معيناً

مثل أن يستثنى منه أرطالاً مقدرة فعن مالك في ذلك روايتان روى عنه ابن وهب المنع وروى عنه ابن القاسم اجازة ذلك في الأرطال اليسيرة وجهر رواية ابن وهب انها مبنية على أن المستثنى مبيع فاذا كان مستورا بالجلد لم يجز بيعه لعدم الرؤية والصفة فيه وجهر رواية ابن القاسم انها مبنية على أن المستثنى باق على ملك البائع غير داخل في المبيع فلا يفسد العقد بما يتعلق به من عدم المعرفة لصفته (١) اذا قلنا بزيادة المنع فلا تفرع فيه وان قلنا بزيادة الاباحة بحكم اليسير الذي يجوز قال ابن القاسم الثلاثة الأرطال والأربعة من الشاة وزاد ابن المواز عنه الخمسة والستة ولم يبلغ به مالك الثلث وأشهب يجيز الثلث ومعنى ذلك ان هذا الثلث حديثين القليل والكثير عند مالك واختلف قوله فيه فمرة جعله في حيز القليل ومرة جعله في حيز الكثير وفروع مسائله تدور على حسب هذا الاختلاف والله أعلم وأحكم ص **قال مالك في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيه بعشرة دنائير يدفعها إليه نقداً أو إلى أجل ويمحو عنه المائة دينار التي له قال مالك لا بأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيه في الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنائير نقداً أو إلى أجل أبعد من الاجل الذي اشترى إليه العبد أو الوليدة فان ذلك لا ينبغي وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له الى سنة قبل أن يحل بجاريته وبعشرة دنائير نقداً أو إلى أجل أبعد من السنة فدخل في ذلك بيع الذهب بالذهب الى أجل **ش** وهذا كما قال رحمه الله البائع اذا زاد المبتاع عشرة دنائير على أن يقيه فان ذلك جائز وسواء كانت الزيادة من البائع ماشاء من جميع الأشياء كلها العين وغيره نقداً أو مؤجلاً ولم يتفرق لانه كان البائع اشترى الجارية بائناً من الذي وجب له على المبتاع وزيادته اياه ولا فساد في ذلك ما لم تكن الزيادة من جنس المبيع فان كانت من جنسه زاد نقداً ولم يجز مؤجلاً لما تقدم من منع الشيء بجنسه الى أجل**

(فصل) وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيه ويزيده بعشرة دنائير نقداً أو إلى أجل الفصل معناه انه اذا اراد المبتاع العشرة ليقيله البائع فان كان الى أجل فهو جائز لانه يبيعها منه بأقل من الثمن الذي ابتاعها منه مفاصة وان زاد العشرة نقداً لم يجز ذلك لانه محجل عشرة من المائة المؤجلة عليه فصار يباعا وسلفاً فنهى العلة اللازمة وقد قال ذلك ربيعة في احدي مسألتى الحمار فباع جارية بعشرة دنائير فاستقاله المبتاع على دينار يعجله للبائع ان ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً يتعجلها من ذهب وأما ما ذكره رحمه الله من أنه يدخله انه باع عشرة دنائير وجارية نقداً بمائة دينار له الى سنة فانه وجه صحيح أيضاً فيما يكرر ويقصد من بيع جارية بعشرة دنائير معجلة بمائة الى أجل فان الذرائع يقوى منعها بتكرار القصد اليه والغرض فيه فيعبر عنه أصحابنا بقوة التهمة فيه ويضعف وجه المنع بقلة قصده وذلك فيما يحتمل وجوها من الصحة وجهاً أو وجوها من الفساد المقتضى للنع فيحصل على المقصود من تلك الوجوه وأما ما كان الفساد له لازماً فان ذلك ممنوع لنفسه (مسئلة) وأما ان كانت العشرة الى أجل أقرب من أجل المائة فكما حكم العشرة المعجلة وان كانت الى أجل أبعد من أجل المائة لم يجز أيضاً لانه يدخله جارية معجلة وعشرة مؤجلة بمائة مؤجلة الى غير ذلك وأقل ما يقتضى ذلك اشتراط النقد للعشرة والمنع من المقاصة ولو شرط ذلك في العشرة المؤجلة الى أجل المائة لافسد العقد لانه يتضمن بيع جارية بعشرة دنائير بخرجها ولا ينقدها بمائة دينار ينقدها وهذا يقتضى التفاضل في العين فأوجب ذلك فساد العقد ويدخله مع ذلك الكالي بالكالي في عشرة

* قال مالك في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيه بعشرة دنائير يدفعها إليه نقداً أو إلى أجل ويمحو عنه المائة دينار التي له * قال مالك لا بأس بذلك وان ندم المبتاع فسأل البائع أن يقيه في الجارية أو العبد ويزيده عشرة دنائير نقداً أو إلى أجل أبعد من الاجل الذي اشترى إليه العبد أو الوليدة فان ذلك لا ينبغي وانما كره ذلك لان البائع كأنه باع منه مائة دينار له الى سنة قبل أن يحل بجاريته وبعشرة دنائير نقداً أو إلى أجل أبعد من السنة فدخل في ذلك بيع الذهب بالذهب الى أجل

(١) يباح هكذا بالأصل

دنانير والمائة وذلك ممنوع (مسئلة) ومن ابتاع سلعة بنقد أو مؤجل ثم استقال منها فلا تخلوا السلعة أن لا تكون غير مكيلة ولا موزونة ولا معدودة كالجارية والثوب فباعها بنقد ثم استقال منها على زيادة مؤجلة وذلك مثل أن يبيع منه جارية بعشرة دنانير نقدا ثم استقال المبتاع بدنانير يزيد مؤجلا فان ذلك لا يجوز وهي إحدى مسئلتى الحارور ببيعة قال لا يصح لانه أخذ عنه دنانير بالنقد وأخذ الحارور بمابقي من الذهب وقد قال جماعة من شيوخنا ان معنى ذلك البيع والسلف وهو قول صحيح لان السلف في الدينار الذي أخذ عنه والسعة في أخذ الحارور بتسعة دنانير من العشرة التي كانت له عليه ويدخله مع ذلك بيع حارور دينار باجل بعشرة دنانير معجلة (فرع) وقد قال محمد بن المواز اذا كانت البيعة الاولى بالنقد فلا تبهم في الثانية الا أهل العينة وقال الشيخ أبو محمد انه ليس بخلاف لما قاله مالك وربيعة لان المواز انما يعني بذلك اذا كانت البيعة الاولى بالنقد لما لو انفردت لكانت صحيحة وأما في بيعه لو انفردت لم تجز تقدمها ببيع أو لم يتقدم فليس كذلك وفي مسئلة ربيعة كانت للبائع على المبتاع عشرة دنانير نقدا فاشترى منه تلك السلعة وغيرها بتسعة دنانير واحدة بدنانير من عشرة فلم يجز لما دخله من البيع والسلف (مسئلة) وان كان المبيع بالنقد مكبلا أو موزونا أو معدودا فلا تخلوا أن يكون غير مطعوم أو مطعوما فان كان غير مطعوم فباعه بدنانير نقدا فلا بأس أن يستقيل المبتاع قبل النقد على أن يزيد دنانير أو ماشاء معجلا وذلك مثل أن يبيعه بمائة رطل حديد بعشرة دنانير فيستقيل على دينار يعطيه اياه قال محمد بن المواز اذا كانت الزيادة في مجلس الاقالة فان تأخرت دخله في زيادة الدنانير ببيع وسلف ويدخله في بيع الورق صرف مستأخر ويدخله في زيادة العرض الدين بالدين وعندى انه يرد فسخ دين في دين وانما يجوز في تعجيل الورق اذا كانت أغل من صرف دينار وهذا عندى ما لم يغب المبتاع على السلعة الموصوفة ولو غاب عليها لم يجز أن يقال منها بشئ يزيد لانه يدخله ببيع وسلف لان عينه لا تعرف ولو كان غير مكبل ولا موزون ولا معدود لجاز ذلك وان غاب عليه المبتاع لانه مما يعرف بعينه (مسئلة) فان كان المبيع مكبلا غير مطعوم وكان الثمن عينا مؤجلا لم يجز أن يزيد المبتاع ذهباً من جنس الثمن نقدا ولا الى أجل أقرب من أجل الثمن ولا أبعد منه قال المحمدون لانه يدخله ببيع وسلف ويدخله ذهب بذهب وعرض الى أجل ولا بأس أن يزيد من جنسها زاد العتي في وزنها الى الاجل ولا يجوز أن يزيد من غير جنسها نقدا ولا مؤجلا ولا يجوز أن يزيد ورقات نقدا ولا مؤجلا ولا بأس أن يزيد عرضا مؤجلا (مسئلة) فان كان الثمن عرضا مؤجلا ففي كتاب المحمد بن الثلاثة لا يزيد المبتاع عرضا من غير جنس الثمن مؤجلا لانه يدخله الدين بالدين ولا بأس أن يزيد عرضا من جنس الثمن ولا يدخله الدين بالدين لأن الدين بالدين انما هو في جنسين مختلفين فاما اشتغال الذمتين بجنس واحد فلا يدخله في هذا الباب الدين بالدين ومعنى ذلك عندى أن يحصل على المقاصة ولو اشترط كل واحد منهما النقد والانتقاد لدخله الدين بالدين ويمنع من ذلك الا أن تضعف التهمة فيه لأن هذا المعنى ليس فيه بمقصود في الزيادة ولا معتاد (فرع) فان زاده من جنس الثمن معجلا أو مؤجلا الى غير أجل لم يجز فيه التفاضل ذكر ذلك المحمدون عن ابن القاسم وأشهب وعبد الملك ومعنى ذلك عندى أن يبيع ثوب بثوبين الى أجل يحرم لنفسه فلذلك منع ما كان ذريعة اليه ولو منع للذريعة الى سلف جر منفعة لما حرم هذا بسبب الذريعة اليه (مسئلة) فان كان المبيع طعاما مكبلا فلا يجوز أن يزيد أحداهما صاحب شيأ من الاشياء ويقله منه على الكيل

لما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه فان كان اكله ولم يغب عليه المتاع وكان الثمن نقداً أو لم ينقد بعد فقدر روى عيسى عن ابن القاسم لا بأس أن يزيده المتاع نقداً ما شاء من ذهب وورق وعرض وطعام من جنسه ومن غير جنسه وعندي أنه يجب أن يراعى في الورق أن يكون أقل من صرف دينار لثلاثة يدخله يبيع وصرف وقد رأيت هذا لبعض مشايخنا والله أعلم (فرع) قال ولا يجوز أن يزيده شيئاً مؤجلاً لأنه يدخله يبيع وسلف وفي زيادة العرض فسخ دين في دين وفي زيادة الذهب والورق الاجل في الذهب بالذهب أو بالورق وعندي أنه يدخله يبيع وسلف وهي الثانية من مسئلتى ربيعة وان كان نقده الثمن فهو يبيع حادث يجوز فيه ما يجوز في سائر البيوع ص **قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار الى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به الى أجل** الذي باعها اليه أن ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية الى أجل ثم يبتاعها الى أجل أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا الى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعتة بعينها وأعطاها صاحبه ثلاثين دينارا الى أشهر بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فهذا لا ينبغي **ش** وهذا كما قال مالك رحمه الله أن من باع جارية بثلاثين الى أجل فانه لا يجوز أن يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل اذا كان على وجه غير المقاصة لأنه يقبض عنه عند الاجل الاول ثلاثين ويدفع اليه عند الاجل ستين وماتقدم من بيع الجارية وابتاعها لغو وصلابه الى بيع ثلاثين دينارا بستين دينارا وذلك ممنوع وهذا قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد بن حنبل وطاوس وسعيد بن جبير وقال الشافعي ذلك جائز وقد استدل أصحابنا في ذلك بما رواه أبو اسحق السبيعي عن أم بونس واسمها العالية أن عائشة رضى الله عنها قالت لها أم محبة أم ولد زيد بن أرقم الانصاري يأمر المؤمنين أن يعرفين زيد بن أرقم قالت نعم قالت فاني بعته عبداً الى العطاء بمائة درهم فاحتاج فاشتريته قبل محل الاجل بمائة درهم قالت بثمنا اشتريت أبلغني زيد بن أرقم انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمتب قالت فقلت أرايت ان تركت المائتين ثم أخذت الستائة قالت نعم فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ودليلنا من جهة المعنى أن هذا بيع آل بين متبايعين الى دنائير بأكثر منها فوجب أن يفسد ذلك كماله باعه دينارا بدينار الى أجل (مسألة) وجله هذا أن الذي يتحرر منه في هذا الباب أن يؤل أحدهما الى بيع الشيء بمغفسته متفاضلا الى أجل فان ساءت المسئلة من ذلك فهي صحيحة وان أدى الى ذلك نظريه وهو على قسمين أحدهما أن يكون الثمنان عينا والثاني أن يكون غير عين فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون البيع الثاني على المقاصة والثاني أن يكون على غير المقاصة فان كان على المقاصة بالثمن فانه يجوز أن يشتري السلعة التي باعها الى أجل بمثل ذلك الثمن وأقل وبأكثر وإلى أقرب من ذلك الاجل وأبعد بأقل من ذلك الثمن أو أكثر لا يسلم من تسليم العين في مثله لأنه ان كان بمثل ذلك الثمن فهي اقالة محضة وان كان بأقل أو أكثر فالوزن يكون من أحدهما دون الآخر (مسألة) فان لم تسكن على المقاصة فان فيه تسع مسائل على ثلاث أحوال قبل الاجل بمثل الثمن وأقل وأكثر وإلى الاجل على الثلاثة الوجوه وإلى أبعد من الاجل بمثل ذلك يبطل منها مسئلتان ويصح سائرهما وإلى قبل الاجل بأقل من الثمن وإلى أبعد من الاجل بأكثر من الثمن ووجه ذلك أنه اذا اشتراها الى أقرب من الاجل بأقل من الثمن أعطى قبل الاجل ثلاثين وأخذ عند الاجل ستين وان كان لا بعد من الاجل بأكثر من

* قال مالك في الرجل يبيع من الرجل الجارية بمائة دينار الى أجل ثم يشتريها بأكثر من ذلك الثمن الذي باعها به الى أجل من ذلك الاجل الذي باعها اليه أن ذلك لا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يبيع الرجل الجارية الى أجل ثم يبتاعها الى أجل أبعد منه يبيعها بثلاثين دينارا الى شهر ثم يبتاعها بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فصار ان رجعت اليه سلعتة بعينها وأعطاها صاحبه ثلاثين دينارا الى شهر بستين دينارا الى سنة أو الى نصف سنة فهذا لا ينبغي

التمن في المسئلة التي ذكرها مالك رحمه الله وان كان قبل الاجل بأكثر من التمن أو بمثله لم ينهم
أحد في أن يعطى ستين دينارا في ثلاثين دينارا الى أجل ولا في ستين الى أجل وإذا كان الى الاجل
فالوزن من أحدهما وتبعد التهمة في أن يقصدا الوزن جميعا لكون الثوب المبيع واحدا والنقد
واحد فليس في ذلك غرض مقصود وإذا كان الى أبعد من الاجل بأقل من التمن أو بمثله فهو أيضا
يعطى ستين ويأخذ ثلاثين أو ستين عند الاجل ولا تهمة في مثل هذا (فرع) ومن باع سلعة بعشرة
دراهم الى شهر فابتاعها بخمسة نقد أو خمسة الى شهرين فاختلف أصحابنا في ذلك فجوز ابن
القاسم ومنعه ابن الماجشون وإنما اختلفا في كراهيته لضعف التهمة فيه لأنه انما يقول الى أن
سلف أحدهما صاحبه على أن يسلفه الآخر وهذا غرض يقل عمله وينظر في هذا أبدا الى استواء
التمنين فان تساوى فهو جائز (مسئلة) وان كان التمن عرضا مثل أن يشتريه منه بخمسة أو ثواب
مضمونة في ذمته الى أجل ثم يبيعه منه بثياب بجنسها فلا بأس بذلك على وجه المقاصة اشتراه
بأكثر من تلك الثياب أو بأقل أو بمثلها الى أقرب من الأجل أو أبعد منه أو الى الأجل الأول فان لم يكن
على المقاصة دخلته التسعة الوجوه المذكورة قبل هذا الا انه يبطل منها أربعة ويصح ساؤها فالتى
تبطل أن يقيسه الى أقرب من الأجل بأقل من التمن أو أكثر ومثل ذلك يدخل الى أبعد من الأجل
فأما الوجهان الأولان فهما أقرب من الأجل بأقل من العدد والى أبعد من الأجل بأكثر من ذلك
العدد فهو ذريعة الى سلف وزيادة وأما الوجهان الآخران فهما الى أقرب من الأجل بأكثر من
العدد والى أبعد من الأجل بأقل من العدد فهو كبيع الجنس بجنسه متفاضلا الى أجل فاما على قول
من قال من أصحابنا أن ذلك محرم لنفسه فلهما كالوجهين الأولين وأما من قال من أصحابنا انه محرم
للذريعة فان هذه المسئلة يتعلق المنع فيها بذريعة الذريعة وقد قال جماعة من أصحابنا ان ذريعة
الذريعة لا تؤثر في المنع والله أعلم وقد ذكر عبد الحق رحمه الله فيمن باع ثوبا بقبض حنطة الى أجل
واشتراه بقبض حنطة نقد لا ينبغي ذلك ويبقى أن يكون دفع قبضين ليضمن له القفيز الى أجل وذلك
بخلاف العين قال وقيل الأمر سواء التهمة هي تفعه وهي مسئلة يتنازع فيها وما علمت فيها رواية والذي
عندي ان الخلاف انما وقع للوجه الذي ذكرته والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو باع ثوبا بعشرة دراهم
الى أجل فاشتراه قبل الأجل بخمسة دراهم نقدا وبثوب من نوعه أو من غير نوعه فقد قال ابن القاسم
لا خير في ذلك لان هذا بيع وسلف لانه كان أسلفه خمسة دراهم على ان باعه ثوبا به الثاني بخمسة دراهم
الى شهر فصار اذا حل الأجل كان خمسة قضاء عن الخمسة التي دفع اليه قبل محل الأجل وخمسة من ثمن
الثوب الباقي وهذا كما قال لان البائع يرجع اليه ثوبه ويدفع اليه الآن خمسة دراهم وثوبا يأخذ عند
الأجل عشرة دراهم خمسة دراهم عن ثوبه الذي أعطاه آخرًا وخمسة قضاء للخمسة الدراهم التي دفع
معه على أنها من ثمن الثوب الأول والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن باع ثوبين بعشرة دراهم الى أشهر
ثم اشترى أحدهما بثوب نقداً وبخمسة دراهم نقداً فقد قال ابن القاسم لا يصح لانه يدخله بيع وسلف
ويدخله أيضا فضة وسلعة نقداً بفضة الى أجل (فرع) فاذا ثبت ذلك فقد قال بعض القرويين ان
الثوب الذي بقي بيد المبتاع من الثوبين الأولين لا يفسخ فيه البيع لان العقد فيه صحيح وينظر فان
كان الثوبان الآخران قائمين ردافان فاما الثوب الذي رجع الى البائع فلا تفتيته عنده حوالة
الاسواق وانما يفتيته التغيير الشديد فاذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن المؤجل حصة ذلك الثوب وهو
مما سميناه له وأما الثوب الذي دفعه البائع آخرًا فحكمه ما قارن بيعه السلف فيما يفتوت به ومقدار

قيمه يحصل لكل واحد من الثلاثة الأتواب حكم يختص به وهذا انما أيبه على قول من قال انه انما
يفسخ العقد الثاني بتصحيح الأول فاذا لم تفت الثياب بقي الثوب الأول بيد المبتاع لانه يصح بفسخ
العقد الثاني على قول سحنون وأما على قول من قال يفسخ العقدان فان التراضي في الأتواب الثلاثة
واذا فانت الثياب فأكثرهما بنا على رد العقدين فلا يصح هذا فيه والله أعلم وأحكم
(فصل) وأما الثوب الذي رده المبتاع الى البائع فقال فيه ماتقدم ولم يعين وجهه والأظهر ان حكمه
حكم الثوب الثالث لانه ان كان البيع الثاني فاسدا فالفساد يتناول العوض ولا خلاف أن من باع ثوبا
بثوب على انه سلف فان حكم الثوبين في التراجع والفوات سواء وانما يختلفان في القيمة على قول
ابن القاسم وان كان العقد صحيحا وانما ينقض لتصحيح الثاني الذي دخلته الشبهة باجماعهما فهذا
حكم الثوب الثاني والله أعلم وقد بسط القول فيه في شرح المدونة
(فصل) وقوله في الثوب الثالث وهو الذي دفعه البائع في العقد الثاني انه يحكم له بحكم ما قارن بيعه
سلفا فيه أيضا نظرا وذلك ان تعلق الفساد به من وجهين أحدهما ما ذكرناه من البيع والسلف
وذلك ان البائع باعه من المشتري بخمسة دنانير وأسلفه خمسة دنانير ليقبض منه عشرة عند الأجل
والثاني أنه باع منه البائع هذا الثوب وخمسة دنانير نقدا بالثوب الذي رد اليه المبتاع وبالعشرة دنانير
الموجلة فيدخله العرض بالعرض مع كل واحد منهما عين وأحدهما القيمة بالغة ما بلغت والثاني
القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن لان البائع قد رضى به على أن يسلفه وان قلنا انه ممنوع للوجه الآخر
ففيه القيمة بالغة ما بلغت (فرع) اذا ثبت ما ذكرناه ووقع شيء من هذه البياعات الممنوعات على
هذا الوجه فان كانت السلعة لم تفت ففسخت البيعة الثانية وصحت الأولى قاله سحنون وقال غيره
تفسخ البيعتان جميعا ولا أن يصح انهما لم يتعاملا على البيعة انما وجدها بتابع فابتاعها بأقل من الثمن
فهذا تفسخ البيعة الثانية وتصحح الأولى وجمعا قاله سحنون ان البيع الأول معقود على الصحة
وانما أقام شبهة الفساد العقد الثاني فاذا أمكن تسليم الأول منه خص بالنقض دون الأول ووجه
الرواية الثانية انه انما حكمنا بالفساد في ذلك لما أقنأهما مقام العقد الواحد في ذلك فاذا لم تعلم السلامة
من ذلك وجب فسخ العقود لانهما كالإيجاب والقبول في عقد واحد (فرع) وان فانت السلعة
فالمشهور من قول أصحابنا ابطال البيعتين جميعا وذلك اذا فانت بعد القبض للسلعتين جميعا وان
هلكت بيد المبتاع قبل أن يقبضها البائع الأول فالذي عندي ان البيع الثاني يبطل خاصة ويثبت
الاول ولم أرفيه نصوصا فان فات بعد القبض بيد البائع الأول فلا يخلو أن يكون الثمن قبضا أو قبض
أحدهما أو لم يقبضا فان كان الثمن المعجل (١) وان كان قبض فقد قال ابن المواز يرد المبتاع الاول على
البائع الاول الثمن الذي قبض منه ولم يذكر معجلا ولا مؤجلا ونحو ذلك وذكر ابن عبدوس في المجموعة
والذي عندي انه يكون معجلا أو الى أجل أقرب من أجل الثمن الآخر وذكر شيخنا الاندلسيون
في ذلك تفصيلا وهو انه اذا باعه ثوبا بعشرة مؤجلة ثم اشتراه منه بخمسة معجلة فقبض المبتاع الخمسة
وفات الثوب عند البائع الاول فانك تنظر الى قيمة الثوب فان كان عشرة فصاعدا غرم البائع الاول
للمبتاع الاول تمام القيمة يقاصه منها بخمسته التي قبض منه ووجه قول ابن المواز وابن عبدوس
ماتقدم من ان العقد الثاني وتعجيل الثمن فيه أثبت الفساد فاذا انقض زال موجب الفساد ووجه
قول الاندلسيين انه اذا كان قيمة الثوب العشرة فأكثر ضعفت التهمة في انهما عملا على ذلك فلم
يفسخ الا العقد الثاني لانه هو الذي ثبت به صورة الفساد دون معناه وان كانت قيمة الثوب أقل من

العشرة قويت التهمة في انهما عملا على ذلك وكان للعقدين حكم العقد الواحد فوجب أن يفسخ (فرع) وان قبض الثمنان معا وفات فعلى قول ابن المواز وابن عبدوس يلزم البائع الاول أن يرد الى المبتاع الاول ما أخذ منه زيادة على ما أعطاه

(فصل) وهذا اذا كان البيع قبل تغير السلعة المباعة فاما اذا كان بعد تغيرها في نفسها تغيرا يحيل الاغراض فيها فقد روى ابن القاسم عن مالك في الدابة أو البعير يبتاعها بثمن الى أجل فيسافر عليها المبتاع السفر البعيد فيأتي وقد أبغضها فيبتاعها منه البائع بأقل من ذلك الثمن نقدا انه لا بأس بذلك لانه لا يتم في مثل هذا وروى عنه أشهب اذا حدث بها عور أو عرج أو قطع حتى يعلم انهم لم يعملوا على فسوخه انه لا يصح هذا ولا يثبت عليه أحد وبه أخذ سحنون وجهر رواية ابن القاسم ان الذرائع مبنية على قوة التهمة والتهمة هي تفرقة مع التغير الشديد لا اختلاف الاغراض فصح ذلك بينهما ووجه رواية أشهب من اعاد المآل دون قوة التهمة ورواية ابن القاسم أجرى على أصول المذهب وبالله التوفيق والله أعلم وأحكم (مسألة) فان كان المبيع طعاما فباعه على الكيل بثمن الى أجل فلا يجوز بيعه قبل استيفائه نقدا ولا الى أجل وانما تجوز فيه الاقالة والتولية على ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله فان استوفاه فباعه منه قبل أن يفترقا فحكمه حكم الثوب يبيعه بثمن الى أجل ثم يبتاعه منه بالنقد تجوز فيه السبعة الوجوه التي قد مرنا ذكرها وبطل وجهان (مسألة) فان غاب عليه المبتاع فالذي اتفق على منعه منه وجهان أحدهما أن يشتري منه بأكثر من الطعام الاول والثاني أن يشتري منه بأقل من الثمن الاول نقدا لانه اذا اشترى منه أكثر من الطعام الاول فقد أسلفه طعاما في أكثر منه وان اشترى منه بأقل من الثمن الاول نقدا فقد أسلفه دنائره في أكثر منها الى أجل (فرع) وأما ان باع منه أقل من كيل ذلك الطعام بأقل من ذلك الثمن مثل أن يبيع منه مائة أردب بمائة دينار الى شهر ثم يشتري منه خمسين أردبا بخمسين دينارا نقدا فهذا لا يجوز لما قد مرنا من الشراء بأقل من الثمن لانه يدخله انه رد اليه الخمسين وأخذ منه الخمسين أردبا بمائة دينار معها ليدفع اليه مائة دينار عند الأجل وهذا بيع وسلف وان كان بمثل الثمن في المدونة عن مالك فممن باع طعاما بثمن الى أجل فلما حل الأجل أخذ منه أقل من ذلك الكيل بجميع ذلك الثمن لا يعجبني ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم لا بأس به وجه القول الاول انه كرهه أن يدفع اليه مائة أردب ويأخذ منه خمسين أردبا بعد مدة فتكون معه مائة الى أجل بخمسين من جنس ذلك الطعام وذلك غير جائز ووجه الرواية الثانية بعد التهمة في مثل هذا (فرع) ولا بأس أن يشتري منه مثل ذلك الكيل بمثل الثمن فأكثر نقدا أو الى أجل لانه يسلم في الطعام من السلف للنفقة ويسلم في العين من مثل ذلك أيضا وبالله تعالى التوفيق

✽ ما جاء في مال المملوك ✽

ص ✽ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال من باع عبدا وله مال فله للبائع الآن يشترطه المبتاع ✽ ش قوله من باع عبدا وله مال هذا يقتضي ان العبد يملك وهو قول مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يملك العبد شيئا ودليلنا على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فله للبائع الآن يشترطه المبتاع ووجه الدليل انه أضاف المال الى العبد باللام واللام تقتضي الملك فان قيل لان سلم انها تقتضي الملك بل تحتل أن يراد بها اليد

✽ ما جاء في مال المملوك ✽
✽ حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن عمر
أن عمر بن الخطاب قال
من باع عبدا وله مال فله
للبائع الآن يشترطه المبتاع

والتصرف يقال الولاية في المال لفلان ويحتمل أن يراد بها الاختصاص يقال الحركة للحجر ويحتمل أن يراد بها النسب يقال الولد لزيد ولا يدل شيء من ذلك على الملك فالجواب أن اللزم متى قرن بهما بملك اقتضت الملك وانما تقتضي ما ذكرتم من اليد والتصرف والاختصاص والنسب اذا تعلقت بملك والملك والمال مما يملك فاذا قرن بها حمل على الملك الا أن يعدل عن ذلك بدليل يدل اذا قال هذا المال لزيد فهم منه ملكه ويدل على ذلك ان يمثل هذه الاضافة أضيف المال الى البائع فدل ذلك على ملكه ووجه آخر من الحديث وذلك انه قال الا أن يشترطه المبتاع فنفي حينئذ أن يكون للبائع وأن يكون اذا اشترطه المبتاع مضمرا غير مظهر فاحتمل أن يكون للبائع واحتمل أن يكون للغير والظاهر من الكلام ان المضمرة في الكلام هو المنطوق به في المستثنى منه ان المال للعبد فوجب أن يكون الضمير ينصرف اليه فيكون معناه الا أن يشترطه المبتاع فيكون لمن كان له قبل البيع وهو العبد

(فصل) وقوله في ملكه للبائع يريد والله أعلم ان بمجرد البيع يزول ملكه عن المال ويدخل في ملك البائع فيكون بيده كمال المال المستفاد لانه حينئذ يصح ملكه فيثبت بذلك ان البيع يقتضي انتزاع السيد مال العبد لانه شبهة في ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء وكذلك لا يكمل ملك العبد ولا يملك التصرف في ماله دون اذن سيده فاذا زال العبد عن ملكه بالبيع تعلق به حق السيد وحق العبد ولم يصح أن يبقى المال بينهما على هذه الحال بعد البيع للحاجة الى التفرق ولان حق الانتزاع يبطل لان الانسان لا يملك انتزاع مال عبد غيره فلما لم يكن ابقاؤه على ما كان عليه أولا ولم يكن بد من تغليب أحد الحقين غلب حق السيد لانه مغلب في حال ملكه لانه يملك تقويته والتصرف فيه دون اذن العبد والعبد لا يملك تقويته ولا التصرف فيه دون اذن السيد (مسئلة) اذا ثبت أن المبتاع يجوز له أن يشترط مال العبد فانه لا خلاف في جواز ذلك في نفس العقد لانه مقتضى لفظ الحديث في ذلك بقوله الا أن يشترطه المبتاع ولا يوصف هذا بانه شرط الا أن يكون ذلك شرط في عقد البيع والا كان بيعا مبتدأ للمال فان لم يشترطه في نفس العقد ثم أراد أن يزيد البائع شيئا ليلحق المال بالبيع فقد اختلف أصحابنا فيه وروى أشهب عن مالك ان ذلك غير جائز وبه أخذ ابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم وروى عن مالك وأشهب ان ذلك جائز وبه أخذ ابن القاسم من رواية عيسى عنه قال ابن القاسم وان كان ماله عينا فاشتراه بعين وأمان كان عرضا فليس فيه كلام وروى أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم ان كان ذلك بحضرة البيع وقر به فهو أمر جائز والا لم يجز ووجه رواية المنع ان العبد لما بيع دون اشتراط المال خرج المال عن ملك العبد الى ملك السيد فلا يجوز لحاقه بالعقد لانه قد ثبت له حكم لو كان ثابتا حين البيع لما جاز للمبتاع اشتراطه وهو كونه ملكا ووجه رواية ابن القاسم أن المبتاع لا يشترط المال لنفسه وانما يشترطه ليعيده الى ملك العبد بمنزلة أن يدفع الى العبد دنانير وأن يعطى هذا العبد مالا فان ذلك جائز ووجه آخر وهو أن ما جاز أن يكون تبعا في العقد جاز أن يكون تبعا بعد العقد كالثمره المأبورة ولا يلزم هذا مالكا ولا ابن وهب ولا ابن عبد الحكم لانهم لا يجيزون ذلك في الثمرة وانما يلزم ذلك أشهب فانه يجزه في الثمرة والفرق بينهما أن الثمرة يجوز أن تكون تبعا للأصل حين العقد وهي ملك للبائع ومال العبد لو كان ملكا للبائع حين العقد لما كان تبعا للعبد فكذلك اذا انتقل الى البائع بالعقد (فرع) وأما معنى القرب والبعد على رواية أبي زيد وأصبغ ففي المبسوط أن معنى القرب أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص وأما

ان دخله نقص أو زيادة فقد بعد وامتنع الحاقه بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئله) فاذا حدث للعبد مال في مدة العهدة أو الخيار وقد اشترط المبتاع مال العبد فهو للعبد بأى وجه كان وان لم يشترط المبتاع فهو للبائع بأى وجه كان ذكر ذلك عيسى عن ابن القاسم (مسئله) وهل يجوز أن يشترط بعض مال العبد أولا روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك غير جائز وروى عن أشهب اجازته حين العقد وبعده ووجه القول الأول ان ماتبع المبيع في البيع لا يجوز أن يشترط اتباع بعضه أصل ذلك ماتبعه بالشرع ومقتضى العقد وهو ثمة مأبورة أو غير مأبورة في أصل المبيع ووجه القول الثاني ان هذا المال يثبت بعقد البيع فجاز أن يستحق بعضه كالتياب يجوز شراء جميعها وشراء بعضها (مسئله) وهذا اذا كان العبد جميعه للبائع فان كان له بعضه فانه على ضربين أحدهما أن يكون الباقي لغيره والثاني أن يكون حرا فان كان رقيقا لغيره لم يحل أن يبيع حصه من شريكه أو من أجنبي فان باعها من شريكه فلا يجوز بيعه منه على الاطلاق لان الاطلاق في العقد يقتضى أن يكون له من مال العبد بقدر ماله في العبد ولا يجوز له انتزاع الا باذن الشريك والاذن معدوم فان اشترطه البائع فقد قال سحنون هو جائز وهو كالمقاسمة وهو قول جميع لان رضا المبتاع بالشرط اذن له في انتزاع حصته من المال وذلك غير جائز على المشهور من المذهب فان اشترطه المبتاع فأما على قول ابن القاسم في تجوز له المبتاع اشترط مال العبد فجواز ظاهر وأما على قول أشهب في المنع من ذلك فانه يحتمل وجهين أحدهما ان ذلك غير جائز لانه استثناء لبعض مال العبد والثاني انه لا يجوز لانه لم يبق بيد البائع ما يكون به المبتاع مستثنيا لبعض المال بل قد استثنى جميع ما كان للبائع منه (مسئله) فان باعه من غير شريكه فاشترطه البائع أو أطلق العقد لم يجز رواه أشهب عن مالك وعيسى عن ابن القاسم لان اشتراط البائع له يقتضى انتزاعه ولا يجوز ذلك الا باذن شريكه ولم يوجد الاذن والاطلاق في العقد يقتضى ما يقتضيه هذا الشرط فان اشترطه المبتاع فأما على قول من يجيز اشتراط المبتاع بعض المال فهو ظاهر وأما على قول من لا يجيزه فقد روى عيسى عن مالك تجوز له ووجه ذلك ان المبتاع قد شرط جميع ما يتعلق به حق البائع من المال فكان ذلك جائزا كما لو كان العبد له فاشترط جميع ماله (مسئله) وان كان النصف الثاني حرا فعندى انه لا يجوز بيعه على الاطلاق ولا يشترط كون المال للبائع لانه لا يملك انتزاع مال من فيه جزء من الحرية ويجوز بيعه بشرط المال بيد العبد لان ذلك ينفي انتزاع شيء من المال ص

* قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشيء من دينه

قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشيء من دينه

قال ان المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له يريد ان العبد ويصح أن يرجع الضمير للمبتاع فيريد أن له ما شرط والذي شرط أن يكون المال للعبد ويبقى على ملكه بحسب ما كان قبل ابتياعه ولو كان البائع قد انتزع المال واشترطه المبتاع لكان قد اشترى عبداً وما لا يفسد بالجهل والتفاضل فيما لا يجوز التفاضل فيه بين ذلك ما رواه أصبح عن ابن القاسم في العتية في الذي يبيع العبد ويقول ماله مائة دينار أو فيسكه لا يجوز قال ابن أبي زيد والثن عين وجه ذلك انه لما التزم التوفية كان ذلك مالا متبرعا به يدفعه البائع الى المبتاع

* قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن المبتاع ان اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وان كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وان كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه اياها وان عتق العبد أو كاتب تبعه ماله وان أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشيء من دينه

(فصل) وقوله نقداً أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وإن كان العبد مالاً أكثر مما اشترى به يريد أن
اشترط المبتاع هذا المال لا يفسد العقد بان يكون المال المشترط عيناً أكثر مما اشترى به من العين
أو يكون ديناً مؤجلاً فيشترى بالدين أو بالنقد أو يكون المشترط من المال مجهولاً عند المتبايعين
أو أحدهما لأن ما اشترط من ذلك ليس بعوض في البيع فيؤثر فيه الفساد بشئ مما ذكرناه لأن
المبتاع لم يشترطه لنفسه وإنما اشترط بقاءه على ملك العبد فليس بعوض في البيع استدلال مالك
رحمه الله على ذلك بأن قال وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة وإن كان للعبد جارية استعمل
فرجها بملكه أياها فأما الفصل الأول فهو أنه لا زكاة على السيد في مال العبد فقد خالفنا في ذلك من
يخالفنا في ملكه وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة وأما الفصل الثاني وهو أن العبد يستبيح وطء
أتمه بملك يمينه فهو فصل صحيح وذلك أنه لا يستباح الوطء إلا بأحد أمرين نكاح أو ملك يمين فإذا لم
يكن للعبد في أتمه نكاح لم يبق إلا أن يستبيح وطءاً بملك يمين لا خلاف في جواز ذلك فيثبت بذلك
ملكها وإذا صح ملكه للأمام صح ملكه لغير ذلك من الأموال لأن أحداً لم يفرق بينهما

(فصل) وقوله وإن اعتق العبد أو كاتب تبعه ماله يريد أن ماله يتبعه باطلاق العتق دون اشتراطه
بخلاف البيع وذلك أن زوال ملك السيد عن العبد إلى أربعة أوجه أحدها المعاوضة كالبيع
والنكاح ففي هذا لا يتبعه المال إلا بالشرط وبه قال مالك والنخعي والبيهقي خلافاً للحسن البصري
والزهري في قولهم إن المال يتبع للعبد في البيع والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو قوله
صلى الله عليه وسلم من باع عبداً ماله ماله إلا بالشرط إلا أن يشترطه المبتاع والوجه الثاني العتق وما في
معناه من العقود التي تنقض إلى العتق وتسقط النفقة عن السيد كالكتابة ففي هذا المال يتبع
العبد إلا أن يشترطه السيد وقال أبو حنيفة والشافعي هو السيد في العتق والدليل على ما نقوله
أن الكتابة لما كانت تنقض إلى العتق ملك العتق بها ماله فإن ملكها بالعتق أولى وأحرى والوجه
الثالث الجنابة فإن المال يتبع فيها الرقبة وينقل بانتقالها وسيأتي تفسيره في الجنابات إن شاء الله
تعالى والوجه الرابع الهبة والصدقة فقد اختلف أصحابنا فيها فقال بعضهم يتبع المال العبد لأنه منتقل
عن ملك سيده بغير معاوضة فأشبهه انتقاله بالعين وقال بعضهم يتبع ماله والمال للواهب لأنه منتقل
عنه باختباره إلى مالك فلم يتبعه ماله كالبيع

(فصل) وقوله فإن أفلس أخذ الغرماء ماله وذلك أن فلان العبد يكون بأن يأذن له سيده في
التجارة فيستغرق الدين ماله فإن الغرماء يأخذون ماله ولاحق لهم من ذلك قبل سيده ولا في رقبته
لأنه إنما تناول أذنه في التجارة ما يبيده من المال ومبايعته إنما تقتضي تعلق الدين بذمته دون خدمة
سيده ودون رقبته

﴿ ماجاء في العهدة ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل
كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشترى العبد أو الوليدة وعهدة
السنة * قال مالك ما أصاب العبد أو الوليدة في الأيام الثلاثة من حين يشترى إلى حين تنقضي الأيام
الثلاثة فهو من البائع وإن عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فإذا مضت السنة فقد برئ البائع
من العهدة كلها * ش قوله أن أبان بن عثمان وهشام بن اسمعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة

﴿ ماجاء في العهدة ﴾
حدثني يحيى عن مالك عن
عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن
عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان
وهشام بن اسمعيل كانا
يذكران في خطبتهما عهدة
الرقيق في الأيام الثلاثة
من حين يشترى العبد أو
الوليدة وعهدة السنة قال
مالك ما أصاب العبد أو
الوليدة في الأيام الثلاثة
من حين يشترى إلى حين
تنقضي الأيام الثلاثة فهو
من البائع وإن عهدة
السنة من الجنون والبرص
والجذام فإذا مضت السنة
فقد برئ البائع من العهدة
كلها

الرفيق يريدانها من الامور المشهورة المعمول بها التي كان الامراء يهتمون بها ويجعلونها من أوكده اللوازم حتى كادوا يدخلون ذلك في الخطب لئلا يخفى على أحد من قرب من المدينة ولا بعد عنها الآن المدينة كانت لا تنفك عن قادم عليها من جميع الافاق وكانوا يحضرون الجمع وأوقات الخطب فيسمعون تكرار ذلك في الخطب من الامراء أو ممن يرجع الى قلوبهم ويمثل أمرهم ثم لا ينكر ذلك عليهم منكر ولا ينههم عنه ناه لكونه سابقا معمو لا به عند الأئمة من أهل المدينة الذين يؤخذ عنهم العلم واليهم كان يرجع فيما اختلف فيه منه ولأن أمير المدينة لم يكن يدخل ذلك في خطبته الا بعد مشاورة أهل العلم من الصحابة والتابعين بها وموافقهم له عليها

(فصل) وقوله عهدة الرفيق في الايام الثلاثة الى آخر الحديث فيه ستة أبواب * الاول منها في تفسير معنى العهدة وتبيين أحكامها وعددها * والباب الثاني في محل الحكم بها من البلاد * والباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع * والباب الرابع في محل ثبوتها من العقود * والباب الخامس في مقتضى ذكرها * والباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير

(الباب الاول في تفسير معنى العهدة)

معناها تعلق المبيع بصمان البائع وكونه مما يدركه من النقص على وجه مخصوص مدة معلومة وذلك أن البيع فيما فيه العهدة لازم لا خيار فيه ولكنه مترقب مرعى فان سلم في مدة العهدة علم لزومه للبائع والبائع جميعا وان أصابه نقص علم لزومه للبائع وثبت الخيار للبائع في امضائه أو رده كعيب دلس به البائع لا يعلم براءته من التدليس بالعيب الذي ظهر في مدة العهدة وهي مضافة الى ملكه لما تعلقت التهمة به من التدليس وهي مغلبة على تجوز براءته ولذلك حكمنا عليه بار دبالعيب اذا وجد في مدة ملكه وان كنا لانعلم أنه دلس به (مسألة) اذا ثبت ذلك فان لم يبيع الذي ثبتت فيه العهدة على ضربين أحدهما فيه استبراء ومواضعة وسيأتي ذكره والثاني ليس فيه استبراء ولا مواضعة وله عهدتان ولكل واحدة منهما أحكام تختص بها وأما العهدة الاولى فهي ثلاثة أيام هذا مذهب أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم ومنع أبو حنيفة والشافعي ثبوت هذه العهدة اشترط ذلك المشتري أو لم يشترط واستدل أصحابنا في ذلك بما رواه قتادة عن الحسن عن عتبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرفيق ثلاث ليال وروى قتادة عن الحسن عن مہرة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم عهدة الرفيق ثلاث ودليلنا من جهة المعنى ان الرفيق يمكنه الافهام والاخبار عما يجده من أسباب المرض ومقدمات العلل فيتبعه سيده لذلك قبل أن يتبين مرضه فحكم فيه بالعهدة ليتبين أمره ويتضح حاله ووجه آخر وهو ان هذا وجه احتياط لا يتعلق بالتدليس ويقضى الاختلاف في البيوع والتعاصم فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام أصل ذلك المصراة (مسألة) اذا ثبت ذلك فأول هذه الأيام الثلاثة من يوم عقد البيع ان كان البيع لازما وان كان بالخيار فن يوم يحكم بلزوم العقد وانما يحسب فيها باليوم الكامل فان كان البيع قبل الفجر احتسب بما بعده من الأيام وان كان البيع في بعض النهار فقدره ابن القاسم عن مالك في كتاب محمدان كان البيع نصف النهار لم يحتسب بذلك اليوم وهذا القول مشهور لابن القاسم في العقيقة ومدة مقام المسافر في المصر وأما مسنون فيقول انما يراعى المقصود من المدة وتلفق أبعاض الأيام فيعتسب في المقام في المصر بعشرين صلاة ويحصى على هذا أن تلفق أبعاض الأيام في العهدة وجه ما قاله ابن القاسم ورواه عن مالك التعلق بلفظ الحديث في عهدة الرفيق ثلاث وذلك لا ينطلق على الساعات وأبعاض الأيام

ومن جهة المعنى ان المعتبر في ذلك ثبوت حي الربع وقد تقدم في اليوم الثالث ويتأخر فيجب استيفاء اليوم لتعلم السلامة منه ووجه ما يقتضيه قول سحنون انهم يراون في ذلك أقصى مدة ادواء الأمراض المعينة المعتادة وهي حي الربع وتبعيض الأيام فيها مشاهد وكما لها غير معتاد فاذا كان ذلك الأصل في معنى العهدة وجب أن تكون أيامها سنة على ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك ان العهدة من وقت لزوم البيع فسواء قبض المبتاع الجارية للمبيعة أو لم يقبضها فان كانت غائبة غيبة بعيدة تقتضي أن تكون من البائع فان عهدة الثلاث من البائع فاذا انقضت في ضمان الغيبة البعيدة كما تنفي نفقة ضمان الاستبراء بعد انقضاء عهدة الثلاث على أحد قولي مالك وهو قوله ان ضمان العبد المبتاع المعين من البائع حتى يقبضه المبتاع وان لم يمسه بالثمن وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا عهدة في العبد المبيع نصفه (مسألة) اذا ثبت ذلك فان عهدة الرقيق في ذمه الثلاثة الأيام لاحقة للبائع بأي وجه أصابه نقص أو هلاك مما يعلم أنه حادث أو لا يعلم وذلك انه لما كان أحوال الضمان عليه أغلب وأكثر أجرى جميعه مجرى غالبه وسواء كان ما حدث به من العيب نقص في جسده أو عيب يختص بنقص ثمنه كالإباق والسرقة والشرب والزنا فان ذلك كله يثبت الخيار للمبتاع عند ابن القاسم وابن الماجشون ووجه ذلك ان هذا عيب لو كان بالمبيع قبل البيع لكان للمبتاع الرد به فاذا حدث في عهدة الثلاث كان له الرد به كالتقص في الجسد (مسألة) فان ذهب شيء من العيوب الجارية قبل أن يرد المبتاع بطل خياره مثل أن يظهر بعينه رماض فيذهب وذلك فيما لا تنفي عودته فأما ما تعتاد عودته كالحصى ونحوها فان سحنونا قال له الرد الآن لانه لا يأمن العودة سواء رفعه الى الحاكم حين أصابته الحصى أو لم يرفعه وقال أشهب لا يعلم ذهابها فان عاودته في القرب رد وان كان بعد الثلاث وجه قول سحنون ان ذهابها ليس بيرة فلا يسقط الخيار ووجه قول أشهب انه على صورة البرء ويحتمل المعاودة فيجب التوقيف حتى يعلم على أي الوجهين كان ردّها به (فرع) اذا ثبت ذلك فان طرأ على العبد أو الأمة أمر فأشكل وقت حدونه فلم يدر في العهدة أو بعدها فذهب ابن القاسم في العبد إلى بقى في العهدة وقد تبرأ بانه بالابق فلم يعلم صحته ولا هلاكه ان ذلك من المبتاع حتى يعلم انه أصابه في العهدة وروى ابن نافع عن مالك ان ذلك من البائع حتى يعلم انه سلم في العهدة وجه قول ابن القاسم ان الأصل السلامة ولم يتيقن منه في العهدة أكثر من الاباق الذي تبرأ منه فلا يلزمه الضمان لا يتيقن سلامته في عهدة الثلاث (فرع) وعلى البائع نفقة العبد وكسوته وموثنته في عهدة الثلاث لانها مروة تلحقه بملكه في الضمان العام فله في النفقة والمؤنة كلمة الخيار (مسألة) وللمبتاع أن يسقط العهدة بعد ثبوت العقد ويسقط عن البائع الضمان والنفقة ويرم العقد فان لم يسقط العهدة ولكنه أحدث في العبد ما يمنع رده أو يقتضي الرضا به كالعرق ثم حدث عيب في عهدة الثلاث ففي كتاب ابن المواز تسقط بقية العهدة وقال أصبغ وسحنون العهدة ثابتة وينفذ العتق ويرجع بقية العيب وروى ابن حبيب عن ابن القاسم في عهدة السنة ثلاثة أقوال اثنان مثل القولين المتقدمين والثالث يرد العتق وهذا في عهدة الثلاث أولى ووجه الرواية الاولى ان هذا عيب حدث بعد العتق فلم يكن له الرجوع به كالعيب يحدث بعد العتق وفي غير عهدة الثلاث ووجه الرواية الثانية ان تمام البيع وانبراه مراعى بسلامة العبد في مدة العهدة فاذا حدث في العهدة عيب تبين أن العقد لم يبرم فيثبت له الرجوع لانه كعيب حدث عند البائع وفي مدة الخيار ولا يمنع من ذلك العتق لانه بمنزلة أن يعتق عبدا اشتراه ثم يطلع بعد العتق على

عيب قديم ووجه الرواية الثالثة ان العقد لما كان مراعى وموقفا على السلامة وكذلك العتق فاذا
دخل فيه الخيار لحدوث العيب بطل العتق لانه عتق لم يصادف ملك المعتق
(فصل) وأما العهدة الثانية وهى عهدة السنة فتختص بثلاثة ادواء الجنون والجنام والبرص فكل
ما ظهر فى هذه المدة من هذه الادواء فهو من البائع هذا مذهب مالك وجاعة أهل المدينة وقال أبو
حنيفة والشافعى ذلك كله من المبتاع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالجنون الذى يجب به الرد هو ذهاب
العقل من مس الشيطان على هذا جمهور أصحابنا من يذهب الى ان ابن وهب فانه قال بأى وجه زال
عقله فى السنة من ضربة أو غيرهما فهو من البائع ووجه الرواية الاولى ان السنة انما جعلت مدة لهذه
العهدة من الادواء الثلاثة لما كانت ادواء توجدا أسبابها ويتأخر وجودها وبذلك فارت سائر الادواء
وذهاب العقل بضربة أو معنى طارىء معلوم أن سببه لم يكن موجودا حين التبايع فلم يلزم البائع
الضمان ووجه الرواية الثانية ان هذا ذهاب عقل فى عهدة السنة فلزم به الرد كما لو كان عن جنون
(مسئلة) فان ذهب بالعبد بهق أو جرة أو حرب مفراط حتى يقبح منظره لم يرد بشئ من ذلك الا
الجنام والبرص لان هذه الادواء التى لا يبرأ منها فى الغالب وينعدم أسبابها تذهب معظم ثمن المبيع
والجدة والجرب والبهق معان يبرأ منها غالبا فاشبهت سائر الامراض (مسئلة) فان ظهر به جنون
أو جنام أو برص بين ثم ذهب قبل الرد فقال مالك فى الجنون يرد وقال ابن حبيب فى ذلك كله يرد لان
ذلك كله لا تؤمن عودته كالجنون ولان هذه الادواء لا يكاد يبرأ منها فان ظهر بعض البرء فان سببه
كامن فيجب به ازيد (مسئلة) والذى يرد به من هذه العيوب عند ابن القاسم ما ظهر وتيقن فى مدة
السنة أو تيقن سببه فى السنة وعلم انه لا يظهر الا بعد السنة فلا يرد به وتابعه على ذلك ابن كنانة قال ابن
وهب وأشهب وابن الماجشون وأصبغ يرد بما تيقن بعد السنة اذا شك فيه قبل انقضاءها وقال ابن
الموازا اذا تيقن سببه فى السنة وعلم انه لا يظهر الا بعد السنة يرد بذلك وجه قول ابن القاسم ان السنة
حد لظهور هذا المعنى لجواز أن تكون أسباب هذا المرض قد اطلع عليها البائع وكانت من
الامراض التى تطرأ مما لا صنع فيها للبائع ووجه القول الثانى ان الضمان انما يلزم بالعهدة لأجل
التدليس ألا ترى ان العبد اذا جنى عليه فى عهدة الثلاث ان ذلك لم يكن مما دلس به البائع ومع هذا
فقد لزمه ضمانه (مسئلة) والنفقة والمؤنة فى عهدة السنة على المبتاع ووجه ذلك ان ما يرد فيها هذه
الادواء الثلاثة يتوقع وجود أسبابها قبل البيع وهى زيادة فلم يلزمه ضمان ما يحدث ويتكرر بتوقع
ما قبل ويندر واذ لم يلزمه الضمان على العموم لم يلزمه النفقة ولم تكن له غلة والأصل فى ذلك ما رواه
مخلف بن خالد عن عروة عن عائشة قالت قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الخراج بالضمان وهذا
الحديث وان لم يشترط الصحة من وجه الاسناد فقد تعلق به جمهور الفقهاء (مسئلة) وهل تدخل
عهدة الثلاث فى عهدة السنة أم لا عن مالك فى ذلك روايتان روى عنه أشهب وابن القاسم ان ابتداء
السنة بعد انقضاء الثلاث وبعد انقضاء الاستبراء فيما فيه الاستبراء وروى ابن حبيب عنه ان ذلك
داخل فى السنة وان السنة من يوم التبايع ووجه رواية ابن القاسم ان العهدة بين متناهين أحكامها
مختلفة فوجب أن لا يتداخلوا وانما يتداخل من المدد ما تفتق أحكامها ووجه رواية ابن حبيب ان
المدتين لازمتان باطلاق العقد لا تفتقر واحدة منهما الى تعيين مدتها فيكون أولها يوم البيع
(الباب الثانى فى محل الحكم بها من البلاد)
أما محل العهدة من البلاد فاختلف أصحاب مالك فى ذلك فقال ابن حبيب قال المصر يون من أصحاب

مالك لا تلزم عهدة الثلاث أهل بلد حتى يحملهم السلطان عليها ومثل ذلك روى عن ابن القاسم عن مالك قال ابن حبيب وروى المدنيون عن مالك يقضى بها بكل بلد وان لم يعرفها أهله وعلى الامام أن يحدتها ويحكم بها على من عرفها وجهلها قبل التقدم فيها وبعده وجه رواية المصريين ان العرف جار بذلك بالمدينة على ما تقدم ولما كان له وجه من وجوه الصحة حل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد ووجه رواية المدنيين ان ذلك من مقتضى العقل لانه من تمام التسليم وفي هذا الباب معنى آخر يحتاج الى تبينه وذلك ان اشتراط الضمان المتفق على محله مفسد للعقد لمن شرط على البائع ضمان المبيع بعد قبضه فان كان محل الضمان مختلفا فيه فلا بد مع ذلك أن يكون له عرف أولا يكون له عرف فان كان له عرف جاز نقله بالشرط كبيع الاعيان الغائبة واشتراط ضمانها من غير ما يقتضيه العقد وان كان ثم عرف يوافق مقتضى العقد عن القابل بذلك فلا يجوز اشتراط نقله فان شرط نقله في عقد بيع عما يقتضيه العرف صح العقد وبطل الشرط وان كان الشرط بخلاف مقتضى العقد فشرط نقله الى ما يقتضيه العقد صح العقد والشرط وان شرط نقله عما يقتضيه العقد الى العرف فان كان للعرف وجه صحيح صح العقد والشرط وان لم يكن وجه صحيح بطل العقد وصح الشرط فعلى هذا ان شرط في غير بلاد العهدة العهدة فعلى قول المصريين يثبت العقد ويبطل الشرط لانه شرط ما يخالف مقتضى العقد والشرط جميعا لانه شرط مقتضى العقد دون العرف فان شرط البراءة بالمدينة فعلى قول المصريين يثبت الشرط والعقد وعلى قول المدنيين يبطل الشرط ويثبت العقد (فرع) فان قلنا براءة المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة على العهدة أم لا عن مالك في ذلك روايتان روى عنه ابن القاسم وددت ان الناس يحملون على ذلك وروى عنه أشهب لا يحمل أهل الآفاق على العهدة وليتركوا على حالهم وجه رواية ابن القاسم ان هذا معنى له وجه احتياط في بيعات الرقيق وتجوز ما كثر من تدليس الناس فيه فوجب أن يحمل الناس عليه كنصب المسكين والموازين ومنع كسر الدنانير والدراهم ووجه رواية أشهب ان عرف البلاد اذا وافقه مقتضى العقد لم يجز تغيير حكمه وهذا على رواية المصريين

(الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع)

أما محل العهدة من المبيع فهو في الرقيق خاصة والفرق بينه وبين سائر المبيعات ما ذكرنا من أن له تميزا تكتف به عيوبه فجعلت العهدة باختيار حاله وتبين أمره هذا الذي حكاه القاضي أبو محمد عن أبي بكر بن الجهم وهذا ضد ما يحتاج اليه لان هذا دليل على جواز البيع بالبراءة والصحيح عندي ما ذكره غيره من ان الرقيق أفهاما تخبر عن أسباب امراضه التي يجدها قبل ظهورها عليه فيكون كتمان السيد لها أخبر به من أسباب امراضه تدل على قيام مقام تدليسه بما ظهر عليه من عيوبه لان خيار الرد بالعيب انما يثبت حيث يختلف حال البائع والمبتاع في المعرفة بالعيب فاذا استوت حالهما في ذلك بطل الخيار فلما كان سائر الحيوان والمبيعات لا يمكنه الاخبار عما يجده من أوائل الامراض وأسبابها ومبادئها في باطن جسمه استوت حال البائع والمبتاع في ذلك فلم يكن للبتاع الرد بالعيب ولذلك لما كانت أدواء الجنون والجنون تتقدم بالمدّة الطويلة وتظهر باختلاف الفصول والازمنة كانت العهدة فيها سنة لاستيفاء جميع الفصول والازمنة ولما كانت سائر الادواء لا تتقدم أسبابها أكثر من ثلاثة أيام كان ذلك المقدار عهدها (مسألة) اذا ثبت ذلك فان هذا حكم من لا يعقل من الصبيان ولا يمكنه الاخبار عما يجده من أسباب المرض لاننا انما علمنا للجنس دون أعيانه

ولم نفرق بين من يتأتى ذلك منه وبين من لا يتأتى لانه لا يمكن تمييز وقت امكانه من وقت تعذره فوجب أن يكون حكم جميعه حكم ما يمكن ذلك فيه ولذلك جعلنا عدة الوفاة وحكم الاحداد على الصغيرة لما تعذر علينا تمييز الصغر من الكبر (مسألة) عهدة الثلاث لازمة في الأمة اراثة التي تجب فيها المواضعة الا أنها داخله في جملة الاستبراء ان استغرقها أمر الاستبراء لما كان حكم عهدة الثلاث حكمه فان ذهب الاستبراء جملة ولم يثبت كاستبراء الأمة الحامل أو شراء الرجل زوجته فعهدة الثلاث فيها ثابتة ظاهرة لتعريضها عن أحكام المواضعة وكذلك التي تشتري في عظم دما

(الباب الرابع في محل العهدة من العقود)

أما محل العهدة من العقود وتميز ما ثبتت فيه العهدة منها مما لا تثبت فان ما يتعاض به من الرقيق على ضربين معين وثابت في الذمة موصوف فأما المعين فان المعاوضة به على ضربين أحدهما أن يكون العقد مبنيا على المغالبة والمكايسة كالبيع والثاني أن يكون مبنيا على المكارمة فأما البيع فانه لا يتخلو أن يكون بيع براءة أو بيعا مطلقا فان كان بيع براءة فقد قال ابن كنانة في المدنية ومن اشترى رقيقا من أهل الميراث فانه بيع براءة ولا عهدة لمشتريه لا عهدة ثلاث ولا عهدة سنة وضمانها من أهل الميراث في عدة الاستبراء ان كانت من على الرقيق ورواه ابن القاسم عن مالك وان كان بيعا مطلقا فقد ثبتت فيه العهدة على ما قدمناه (مسألة) وأما ان كان مبنيا على المكارمة كعقد النكاح فاختلف فيه قول مالك في كتاب ابن اواز فقال مرة فيه العهدة وبه قال أشهب وقال مرة لا عهدة فيه وقاله سحنون فوجه قوله بثبوت العهدة انه عقد معاوضة فكان حكم العهدة فيه ثابتا كالبيع ووجه القول الثاني أن النكاح يققه متى استباحة الاستمتاع حين العقد ولا يجوز في عهدة الثلاث قبض العوض الذي هو البضع فلو ثبتت العهدة في النكاح بالرقيق لوجب أن يبطل النكاح لتعذر استباحة الاستمتاع حين العقد لاقتضاء العوض ولاقتضاء العوض قبل انقضاء عهدة الثلاث وقد أجمعنا على صحة النكاح بالرقيق ثبت بذلك أن لا عهدة فيهم وهذا التعليل يقتضي أن لا عهدة في غير مخالف به لان عوضه يحصل بنفس العقد وذلك ينفي العهدة وقد قاله سحنون في العبد المخال به والمصالح به (مسألة) وأما الاقالة والشركة والتولية والسلف فقال ابن حبيب لا اقالة في عهدة ولا سلف ورواه ابن المواز عن أصبغ وقال سحنون لا عهدة في سلف من الرقيق فكانت نه قصر هذا الحكم على ابتداء الغرض لا على فوائده ووجه ذلك انه عقد مبنى على المكارمة كعقد النكاح وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه لا عهدة في العبد الموهوب للشواب ووجه ذلك ما قدمناه ويحتمل أن يكون في الاقالة وغيرها مما ذكرناه معها قول ثان ان العهدة تثبت فيها فان كانت بعد انقضاء العهدة الأولى فهذا على قولنا ان الاقالة بيع وان قلنا انه فسخ بيع على ما تأوله بعض أصحابنا في الشفعة والمراجعة فلا عهدة فيها قول واحد (مسألة) وأما الرد بالعيب فروى أشهب عن مالك لا عهدة فيه ووجه ذلك انه فسخ بيع وليس بعقد معاوضة وفسخ البيع لا عهدة فيه كالبائع الفاسد يفسخ

(فصل) وأما غير المعين وهو الثابت في الذمة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يثبت معاينة كالسلم والثاني أن يثبت بعقد مكارمة كالنكاح والقرض فأما السلم فاختلف أصحابنا فيه فروى ابن المواز فيه العهدة وبه قال ابن حبيب وقال ابن المواز لا عهدة فيه وان كان بلد العهدة الآن يشترطها فان كانت أمة ففيها الاستبراء وقال ابن القاسم ليس فيها عهدة ثلاث وعهدة السنة تبع لها وقد قال

سعنون لالعهد في عبداً مأخوذاً من دين ولا مأخوذاً من كتابة وقول ابن حبيب فيه العهدة ويحتمل أن يكون مبنياً على قول أشهب أن تعيين العبد كالقبض وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى ويحتمل أن يجري أيضاً على مذهب ابن القاسم وإن فسخ الدين في الدين إنما يكون فيما نقل من جنس إلى غيره وأما من يثبت له شيء في الذمة بعين بجنسه فليس من باب فسخ الدين في الدين والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في محل درك العهدة)

أما محل دركها فسيأتي بعده فامينا أن شاء الله تعالى

(الباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير)

أما حكمها فقد ذكرنا أن العهدة المختصة بالرقيق عهدتان أحدهما عهدة الثلاث والثانية عهدة السنة فأما عهدة الثلاث ففيها مسئلتان أحدهما لا يلزم النقد فيها بمجرد العقد والثانية لا يجوز اشتراط في مدة هذه العهدة وإنما قلنا أنه لا يلزم النقد فيها توقفاً على معنى متكرر متقدم لجواز ذلك المبيع أو بعضه مع انفراد البائع بمعرفة وضمانه للبيع بسببه فلم يكمل تسليمه للمبيع فلذلك لم يستحق قبض ثمنه (فرع) والفرق بينه وبين الثمرة في رؤس النخل التي ضمانها من البائع ويلزم النقد فيها بطلان العقدان ضمان البائع للثمرات إنما هو لأمر طارئ يخاف حدوثه يتيقن أنه يستوي في معرفته البائع والمبتاع وضمان العهدة لسبب ماض لا يتيقن عدمه على البائع حين لعقد وإنما ضربت مدة الأيام الثلاثة استبراءً ليغلب على الظن سلامته (مسألة) ولا يجوز اشتراط النقد فيها لأن هذه مدة لا يلزم دفع الثمن فيها بمجرد العقد إلا بالتسليم له فلم يجز اشتراط دفعه فيها كمدة الخيار (فرع) والفرق بينه وبين المكيل والموزون أنه يجوز شرط النقد فيه قبل وجوبه وقبل خروج المبيع من ضمان البائع أن ضمان البائع هناك إنما هو لما بقي عليه من حق التوفية فكان للمبتاع منع الثمن حتى يستوفي فإذا شرط عليه تعجيله جاز ذلك كشرائه المنافع في الإجارة وليس كذلك في مسئلتنا فإنه لم يبق عليه حق توفية فأشبه بيع الخيار فإن شرط النقد بطل العقد (فرع) ولا يجوز اشتراط البائع وضع النقد على يده محتوماً لأن ذلك اشتراط النقدي ويجيء على قول القاضي أبي محمد في مسألة العربان أن ذلك جائز وهل للبائع إيقاف الثمن على يد عدل عن مالك في ذلك روايتان قال في الموازية يجب إيقافه وقال في المبسوط والعتيبة ليس عليه ذلك إلا أن يتطوع به وجه الرواية الأولى أن من حجة البائع أن يقول أخاف فلسه وذهاب ما بيده وأن يفسد تسليمه إلى أن لم يجز ذلك فليس متوثقاً إلى بوضعه على يد عدل وجه الرواية الثانية أنه إذا لم يجب تسليمه إلى البائع لم يلزم إخراجه من ذمة المبتاع إلى يد أمانة لأن ذلك تغير بالمال (فرع) فإذا وضع على يد عدل فتلف فضياعه على من يجب له أخذه عينا كان أو عرضاً أو حيواناً حكاماً بن المواز عن مالك وجه ذلك أنه لما كان أمر المبيع مراعى إن سلم لم يلزم المبتاع بالعقد الأول وإن لم يسلم لم يلزمه ووجب أن يكون الثمن أيضاً مراعى معتبراً بالمفهوم لأنه إنما أوقف بسببه فإن سلم المبيع فالثمن من البائع لأنه قد ظهر أنه في ملكه من يوم قبضه وإن لم يسلم المبيع فالثمن من المبتاع لأنه باق على ملكه (مسألة) وهل له أن يمسك بالمبيع نائماً إذا ضاع الثمن روى عيسى عن ابن القاسم له ذلك وروى عنه أنه ليس له ذلك ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال يفسخ البيع ولا ثمن من المشتري والجارية المعيبة للبائع وجه بقاء الجارية له وهو اختيار سعنون وأصبح أن هذا خيار كان له قبل ضياع الثمن فلا يسقط حقه بضياع الثمن أصله إذا لم يحدث بالمبيع عيب ووجه إبطال الخيار أن حدوث النقص في مدة العهدة من ضمان

البائع فوجب أن يكون ضمان الثمن من المشتري (فرع) فإذا قلنا بثبوت الخيار ففي أي شيء يكون له الخيار روى ابن المواز عن ابن القاسم له قبول المبيع بالثمن التالف وقال ابن عبدوس عن عبد الملك إنماله أخذه باعبرم ثمن ثان أو ردها وقال سحنون إن أتلف الثمن قبل حدوث العيب فأنما يأخذ بثمن آخر وأما أن تلف الثمن بعد حدوثه وقبل رضا المتبائع به قبل الحيض أو بعده فله أخذ الجارية دون ثمن آخر وجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يلزمه عوضان في عين واحدة ووجه القول الثاني أن النقص الحادث في المبيع تبين أن الثمن الأول له وبقي له الخيار فإن رد المبيع والا كان عليه أن يأتي بثمن آخر يصل إلى البائع ووجه القول الثالث أن تقدم حدوث العيب قد أثبت له الخيار قبل ضياع الثمن فالثمن من البائع وإذا ضاع الثمن قبل حدوث العيب فقد ضاع من المشتري فإذا حدث العيب بعد ذلك واختار السلعة فعليه ثمن آخر (مسألة) فإذا قلنا أن النقد غير لازم ولا جائز بالشروط جاز أن يتطوع المتبائع بعد تمام البيع لأنه تقديم لنقد لا يلزمه تقديمه كالثمن المؤجل وهذا إذا لم يكن البيع بالخيار فإن كان بالخيار فنقد في مدة الخيار لم يجوز ذلك لأنه إذا لزم البيع بامضائه وقطع الخيار أخذ فيه جارية فيها المواضعة فالذلك إلى فسخ دين في دين

(فصل) وأما عهدة السنة فالتقديفها لازم لأن ما يتقيد فيها نادر شاذ فلا يجوز منع التقديف بسبب متوقع نادر ولأن هذه مدة سقطت فيها النفقة عن البائع بالبيع فكان له أخذ الثمن أصل ذلك بعد انقضاء العهدة ص * قال مالك ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيباً فكتمه فان كان علم عيباً فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردوداً ولا عهدة عندنا إلا في الرقيق * ش وهذا كما قال أن من باع رقيقاً بالبراءة فقد برئ مما لم يعلم من العيوب ويسقط عنه حكم العهدة وحكم الرد بالعيب وذلك أن المبيع على ثلاثة أضرب ضرب فيه العهدان المتقدمان وهو الرقيق والضرب الثاني ليست فيه عهدة مقدرة بزمان ولكن عهدة الرد بالعيب فيه ثابتة فتى اطلع على عيب يمكن أن يدلس به البائع كان له الرد بالعيب وسيأتي بيانه بعده إذا شاء الله تعالى والضرب الثالث بيع بالبراءة من عهدتي الرقيق من العيوب التي لم يعلم بها البائع فتى اطلع المتبائع على عيب لم يعلم أن البائع علم به لم يرد به هذا المشهور من المذهب وحكى القاضي أبو محمد عنه رواية ثانية اشترط البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا بما يراه المتبائع وللشافعي في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يبرأ ببيع البراءة من عيب علمه أو لم يعلمه والثاني يبرأ منها وبه قال أبو حنيفة والثالث يبرأ في الحيوان من الداء الباطن خاصة وحكى عنه يبرأ مما لم يعلم في الحيوان دون ما علم كقول مالك في الرقيق والدليل على تأثير شرط البراءة فيما لم يعلمه البائع من العيوب حديث عبد الله بن عمر الذي يأتي بعده هذا وحكم عثمان بن عفان رضي الله عنه باليمين أنه ما علم بالعيب وفي ذلك اثبات ما وصفناه من البراءة لأن عثمان أمير المؤمنين وكانت أحكامه تسمع وتنقل لاسيما إلى مثل عبد الله بن عمر ولم يعلم له مخالف في ذلك ومن جهة المعنى إن هذا تبرؤ من عيب استوى فيه علم المتبايعين فلم يثبت فيه خيار الرد بالعيب أصل ذلك إذا علمناه وفي هذا الدليل نظر ووجه الرواية الثانية ما احتج به بعض أصحابنا أن في بيع البراءة غرراً فإن المتبائع بذل ثمنه في مقابلة سلعة لم يعقد البيع على صحتها ولا رجوع له بما ينقص العيب منها فلم يعلم قدر ما يشتري به ولا قدر ما يسلم وهذا الدليل يقتضي صحة العقد ولم ينقل ذلك عن أحد من شيوخنا وإنما هذه الرواية مع شذوذها تمنع البراءة وتصحح العقد وإنما يعتد فيها على قلة العيب مع سلامة العقد والتسليم والتزامها على الظاهر

* قال مالك ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو من غيرهم بالبراءة فقد برئ من كل عيب ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيباً فكتمه فان كان علم عيباً فكتمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردوداً ولا عهدة عندنا إلا في الرقيق

من السلامة ولذلك منع من البراءة من ثلاث في علي الرقيق من الحمل الذي لم يظهر لما كثر الغرر ومنع المعيرة من الحكم بالبراءة فيما زاد على الثلاث من عيوب الرقيق والله أعلم وأحكم (مسألة)
 اذا ثبت ذلك فهل يتبع بالبراءة من لا يعلم حال المبيع اختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه وروى عن ابن الماجشون وأصبغ التخييف فيه وجه قول مالك انه قصد الى التدليس حين لم يشرف على حال المبيع وقد توقع عيوباً فأراد أن لا يطلع عليها للتدليس ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من ان هذا بائع للبراءة فلم يمنع من ذلك عدم علمه بحال المبيع كالوارث والسلطان (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فالبيع صحيح والشرط لازم وبه قال أشهب وان قلنا بقول مالك فقد قال ابن القاسم لا تنفعه البراءة اذا علم انه لم يعتبر العبد ووجه ذلك ان الشرط المختلف في جوازه لا يبطل العقد وان بطل هو في نفسه فهذا الما شرط البراءة صح البيع ولم ينقد الشرط على وجه التدليس كما لو علم بالعيب واشترط البراءة (مسألة) ولا يراى البائع بالبراءة مما علم من العيوب وهذا أحد قول الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ من ذلك والدليل على ما نقوله حديث عثمان رضي الله عنه انه قضى على ابن عمر بان يحلف انه ما علم به عيباً ولو لم يجب الرد بما علم لم يلزم هذه المعين ودليلنا من جهة المعنى ان هذا عيب لدلس البائع به ثبت فيه خيار الرد بالعيب كما لو لم يسع بالبراءة اذا ثبت ذلك في بيع البراءة خمسة أبواب * أحدها في تبين محلها من العقود * والثاني في تبين محلها من العقود عليه * والثالث فيمن يجوز له ذلك من العاقدين * والرابع في تبين ما يصح ذلك فيه من العيوب * والخامس في شروط صحة عقد البيع بالبراءة

(الباب الاول في تبين محل البراءة من العقود)

لم أر أحداً من أصحابنا ذكره في غير البيع ولا ذكر ما يختص به من البيوع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انها تصح في كل عقد معاوضة ليس من شرط صحتها التماثل فما كان من شرط صحتها التماثل لم يجز فيه البراءة كالقرض لان البراءة في القرض والقضاء أو في أحدهما ينافي التماثل يجوز أن يكون في أحدهما من العيوب ما ليس في الثاني فلم يعلم التماثل والجهل بالتفاضل فيما ينافيه التفاضل كالمعلم به في فساد العقد (مسألة) وهذا في المعين وأما ما ثبت في الذمة (٧)

(الباب الثاني في تبين محلها من العقود عليه)

المبيع المعقود عليه على ثلاثة أضرب رقيق وحيوان صامت وعروض فاما الرقيق فالظاهر من المنهب جواز بيعه بالبراءة ووجه ذلك ان الرقيق يكتم عيوبه ولا يظهرها ستر على نفسه ورغبة في بقائه في محله فكان ذلك مقبواً لما يدعيه البائع من استواء علمه به وعلم المبتاع ومن أصلنا ان ازدياد العيب مبنى على علم البائع بالعيب وتدليس وما استوى فيه علم البائع والمبتاع فلا سبيل الى الرد به علماً أو جهلاً فان قيل تارة يستدلون بكتابه على صحة البراءة وتارة يستدلون باخباره على العهدة وهما علمان متضادان وحكاية متنافيان ولا يجوز أن يثبت علمان متضادان في عين واحدة فان كانت العلة في ثبوت العهدة جواز اخباره فيجب نفي البراءة لان الاخبار منافي لها ويبطل حكمها والجواب ان الأمرين متباينان من الرقيق الكتمان والاخبار وهذا شاهد لا يمكن نفيه ولا انكاره فلما أمكن اخباره أثبتنا فيه العهدة بمجرد العقد كما أثبتنا للمبتاع خيار الرد بالعيب فيما يمكن أن يعلمه البائع من العيوب وانما تثبت البراءة لمن اشترطها ان لم يخبره بعيب ولا اطلع عليه فيه وكان

ما أخبر به بمكانه ومبانيه وصدقه في ذلك المبتاع ورضى بامانته فاذننا له ما شرط بصحة سببه فان قامت البينة بانه قد علم وتيقنا كذبه أبطلنا براءته وان لم تقم به بينة كان الظاهر في تصديق المشتري ظاهراً في صدقه واستبرأناً أمره بهيئته انه لم يعلم ذلك باخبار البائع ولا غيره والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان الصامت فالذي عليه أكثر أصحابنا انه لا تصح فيه البراءة رواه ابن القاسم وغيره عن مالك وقال محمد وقع لما لك في كتبه من باع عبداً أو وليدة أو حيواناً بالبراءة فقد برئ وبه قال ابن كنانة والشافعي وجهه راية الثانية ما استدلل به الشافعي من ان الحيوان يفارق سواء لانه لا يستوى في الصحة والسقم وتحول طبائعه ولما يخلو من عيب (فرع) فاذا قلنا براءة ابن القاسم ووقع البيع بالبراءة في الحيوان فهل يفسخ البيع أو يثبت ويبطل الشرط الذي تقتضيه راية ابن القاسم عن مالك ان البيع صحيح والشرط باطل لانه قال له الرد ولا تنفعه البراءة وقال أشهب ان وقع في الحيوان لم أفسخه وان وقع في العروض ففسخته الآن يطول ذلك ويتبعه فلا أفسخه قال محمد زاد ابن حبيب قال لا أفسخه لما وقع في كتاب مالك من باع وليدة أو حيواناً بالبراءة فقد برئ ووجه هذا ما أشار اليه محمد من ان الشرط لما كان مختلفاً في جواز لم يبطل العقد عن من لا يجزئه ولكن يبطل الشرط في نفسه ويثبت العقد عارياً منه (مسئلة) وأما العروض فروى ابن حبيب ان مالكا أثبت البراءة في الحيوان والعروض وبه قال ابن وهب ورأه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وهو قول أبي حنيفة ووجه هذه الراجحة ان هذا يبيع فجاز أن تثبت فيه البراءة مما لا يعلمه البائع كالرقيق.

(الباب الثالث فمين يجوز له البراءة من البائعين)

في هذا الباب فصلان أحدهما في تبيين من يبيع ببراءة والثاني في تبيين من يثبت في بيعه اشتراط البراءة

(فصل) فاما الفصل الاول فعن مالك في ذلك روايتان احدهما ان يبيع السلطان ويبيع الموارث يبيع براءة والثانية ان يبيع السلطان خاصة على البراءة قال ابن القاسم لم يختلف قوله في بيع السلطان فوجه القول الاول ان يبيع الموارث يبيع على الميت لا يستطيع رده لقضاء دينه ووصيته فأشبهه يبيع السلطان ووجه القول الثاني ان يبيع السلطان حكم ولذلك اذا باع في حياة من يباع عليه نفذ بيعه وكان على البراءة والوصى ولو باع في حياة من باع عليه لم يكن على البراءة فاذا باع بعد موته لم يكن على البراءة (مسئلة) ويبيع السلطان هو ما تولى بيعه على مفلس أو من مغم أو باعه من تركته ميت لقضاء دين أو تنفيذ وصية اماما باعه الورثة لدعاء بعضهم أو جميعهم الى البيع فليس من هذا في شيء وهو لاء كجماعة اشتركوا في رقيق وكذلك يبيع الولي على اليتيم لحاجة الانفاق فهو كبيع الأب على ابنه

(فصل) فاما الفصل الثاني وهو في ثبوت البراءة لمن اشترطها فعن مالك في ذلك روايتان احدهما أنها تثبت بالشرط والثانية انها لا تثبت بالشرط وانما تثبت لمن كانت مقتضى بيعه دون شرطه والراجحة الاولى هي رواية الموطأ في قوله ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برئ وجه ذلك ما روى من قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه في بيع البراءة باليمين انه ما علم به عيباً ومن جهة المعنى ما قدمناه من كتمان الرقيق لعيوبه وان البائع لا يعلم به فيستوى فيه علم البائع والمبتاع ولما صح هذا منه وصح أن يعلم لم يجز هذا الا بالشرط لما فيه من ادعاء الجهل بعيبه ودخول

المشتري على تصديقه ووجه الرواية الثانية ان ما لا يثبت فيه حكم البراءة بنفس العقد لا يثبت فيه بالشرط كسائر العيوب التي يعلمها البائع ويشترط البراءة منها ولا يسميها (فرع) فان قلنا بالرواية الاولى فيجب أن يكون بيع البراءة ثابتاً في الرقيق خاصة لما ينفرد به من كتمان عيوبه وان قلنا بالرواية الثانية فيجب أن تكون البراءة في كل بيع على ما اختاره ابن حبيب ورواه مطرف وابن الماجشون (فرع) ان قلنا ان البراءة لا تثبت الا في بيع السلطان أو بيع السلطان والموارث فان باع السلطان أو باع أحد بأمره ولم يذكر انه يبيع مغنم ولا يبيع على مفلس ولا يبيع موارث فهل يكون على البراءة روى ابن حبيب عن أصبغ ان ذلك على البراءة وروى ابن الموازع عن مالك هو على البراءة الا أن لا يعلم المشتري انه يبيع ميراث أو سلطان وجه قول أصبغ أن يبيع السلطان ويبيع من يتولى أمره أمر مشهور ولا بد فيه من بينة أو مشاهدة وجمع فيحمل على حكمه ولا يقبل قول من يدعي الجهل به ووجه قول مالك ان الناس اذا كان فيهم من لا يحمل بيعه على البراءة ولم يعلم المبتاع أن البائع ممن يقتضي بيعه البراءة كان له الخيار في الرد أو الامساك وذلك كعيب اطلع عليه وأما بيع الوصي أو الورثة الموارث اذا قلنا انه على البراءة فانه لا يحمل ذلك الا أن يعلم المبتاع انه يبيع براءة (فرق) والفرق بين بيع الوصي وبيع السلطان على قول أصبغ أن يبيع السلطان مشهور لا يكاد يخفى وأما الوصي فبيعه لا يميز من بيع غيره من الناس فيحتاج الى أن يبين فاذا تبين أنه يبيع ميراث روى ابن القاسم في المدونة أن ذلك لازم مع قوله ان البراءة لا تكون في بيع الرجل في خاصة نفسه ووجه ذلك أن البراءة لما التزمت وصادفت محلها لم تمت العقد وان لم يعلم العاقد بمحل ثبوتها (مسألة) اذا ثبت ذلك فان البراءة الثابتة في ذلك على وجهين أحدهما أن تثبت لمعنى في البائع والثاني ان تثبت بالشرط على رواية تجوز ذلك فأما ما ثبت لمعنى في البائع فان ذلك لعدم علمه بعيوب المبيع وتقويت الثمن بدفعه الى مستحقه كبيع السلطان والموارث ففي هذا ان اطلع المبتاع على عيب قبل تقويت الثمن أقبل منه ورد عليه الثمن لأن البراءة فيه لمعنيين الجهل بالعيوب وفوات الثمن والثمن قائم بعد لم يفوت وأما ان قام بالعيب بعد تقويت الثمن فقد لزمه على البراءة ولا قيام له (مسألة) وأما ما ثبت باشرط البائع البراءة فانه لا قيام له بما لم يعلمه البائع فالتن أو لم يفوت لأنه أمر لزمه بشرط صحيح لازم انعقد البيع به فوجب أن يلزم بنفس انعقاد البيع كسائر الشروط الصحيحة

(الباب الرابع في تعيين ما نصح البراءة منه من العيوب)

وذلك على ضربين براءة خاصة وبراءة عامة فأما الخاصة فعلى ثلاثة أضرب أحدها متفق على فساده والثاني مختلف فيه والثالث متفق على جوازه فأما المتفق على فساده فهو اذا أقر السيد بوطء الامتة وتبرأ من حبلها ظاهراً كان أو غير ظاهر فلا خلاف أن البراءة ههنا غير عاملة لأنه لا يبرأ من حل يلزمه باجتماع (فرع) وهل يفسد ذلك العقد أم لا الصحيح من المذهب أنه يفسد العقد وروى ابن حبيب عن مالك فمين تبرأ من حل جارية وهو مقر بوطئها أن ذلك لا يبطل العقد وأنكر الشيخ أبو محمد هذه الرواية وجه قول الجماعة انه نقل ضماناً متفقاً على محله فوجب أن يفسد العقد على ما قدمناه (مسألة) وأما المختلف في جوازه فهو بيع الامتة الرائعة بالبراءة من حبلها الذي لم يظهر مع انكار وطئها فقد قال مالك انه غير جائز وأجاز الشافعي ويتخرج ذلك على قول ابن حبيب وجه ما ذهب اليه مالك ما احتج به من كثرة العود لكثرة ما ينقص الحل من قيمتها في تفاوت الغرر

بتفاوت قيمتهما ان سلمت من الحمل أو نقصهما ان كانت حاملا وأما غير الرائعة فلا بأس بذلك وهذا في السرية وأما ذات الزوج فقد قال عبد الملك لا ترد الحمل يظهر بها وان كان لأقل من ستة أشهر من يوم ابتاعها المبتاع وكذلك المشهورة بالزنى حكى ابن عبدوس ذلك فعلى هذا يجوز التبري فيها بما يحمل غير ظاهر لأنه لا يذهب منهما الكبير من الثمن والله أعلم (فرع) فإذا قلنا ان البراءة من حمل غير ظاهر تمنع صحة العقد فان وقع العقد فلا يتحلو أن يتبرأ من الحمل مع اقراره بوطئها أو مع نفيه لذلك فان أقر به فلا خلاف بين أصحابنا في أن المبتاع لا يضمنها الا بعد ان تمضي مدة استبرائها فان نفى وطأها فالذى قاله ابن القاسم في المدونة يضمنها المشتري بقبضها وخالفه ابن المواز فقال لا يضمن الا بعد مدة استبرائها وجه ما قاله ابن القاسم أن البيع الفاسد قد يسقط ما شرط فيه ورجع الى مقتضاه ومقتضى البيع الفاسد أن المبتاع يضمن المبيع بالقبض وجه ما قاله ابن المواز ان كل عقد انما يرد فاسده الى مقتضى صحيحه ومقتضى صحيح هذا العقد أن لا يضمن بالقبض فكذلك فاسده كمن شرط النقد في مدة الخيار فانه لا يضمن المبيع في مدة الخيار (مسألة) وأما بيع الرائعة الظاهرة الحل فعلى ضربين أحدهما أن يتبرأ منه البائع فذلك جائز لأنه تبرأ من أمر ظاهر يطلع عليه المشتري فينتقي بذلك الغرر والضرب الثاني أن يشترطه المبتاع فان ذلك لا يجوز في حل ظاهر ولا غير ظاهر في وخش ولا غير عند ابن القاسم وشراء الشاة أو البقرة على انها حامل قال ابن القاسم لا يجوز ورواه عن مالك وروى ابن المواز عن مالك لاخير في بيع الرمكة بانها عقوق وكذلك الغنم والابل الآن يقول هي عقوق ولا يشترط ذلك وجوزه أشهب وروى عبد الرحمن ابن دينار عن أبي حازم وابن كنانة انه جائز وجه ما روى ابن القاسم عن مالك ما احتج به من انه من باع الرمكة أو الشاة على انها حامل فقد أخذ للجنين ثمنا وذلك لا يجوز وجه ما قاله الباقر أن هذا من لامور المظنونة وان زادت في ثمن المبيع وذلك جائز كالثمرة التي لم تنوثر (فرع) فان قلنا برواية ابن القاسم فانه ان وقع البيع بذلك رد الآن يفوت ببناء أو نقصان أو حوالة وان قلنا برواية الجواز فانه ان اطلع بعد وقت على انها غير حامل فقد قال ابن أبي حازم وابن كنانة انه ان كان باعها وهو يرى انه كما قال مضى البيع وان كان قد عرف انها ليست بعقوق فان كان ينزى عليها الفحل أو غير ذلك ردت عليه وفي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب ان باعها على انها حامل فلم يجدها حاملا فليردّها أو ما لجوارى فان كانت من المرتفعات فهو من المشتري ولا شيء له وان كانت وخشايز يديها الحل فله ردّها

(فصل) وأما ما لا يفسد البيع التبري به من العيوب في الجملة فانه على ضربين ضرب لا يختلف وضرب يختلف فأما ما يختلف كالعور من ذهاب العين وقطع اليد من الكوع فانه يبرأ منه بتسميته وأما ما لا يختلف كالاباق والسرقة والدبرة فانه لا يبرأ منها بالتسمية المحفلة حتى يبين المقدار أو يريه المبتاع ان كان شاهدا لأن التسمية تقع من ذلك على القليل والكثير ولو علم المبتاع بالكثير منه لما رضيه (فرع) فان انعقد البيع على هذا فهل يفسد العقد أو يثبت روى ابن القاسم عن مالك ان العقد ثابت وللمبتاع الرد بالعيب ان اطلع منه على الفاحش وقال أشهب يفسخ البيع وجه قول ابن القاسم انه دخل على السلامة الا مما يقتضيه اطلاق اللفظ وهو المعتاد منه فإذا اطلع على الفاحش المتفاوت كان له الرد به كما أن اطلاق العقد يقتضى السلامة وان لم ينص عليها فان اطلع بعد على عيب كان له الرد ولم يمنع ذلك صحة العقد وبان لا يمنع منه ما قلناه أولى وجه قول أشهب

انه لما كان اطلاق لفظ الابق والسرقه وما أشبه ما يتفاوت ما يتناولوه ولم يختص اللفظ القليل منه دون الكثير عقد البيع على الغرر فوجب أن يفسد كالتبري من حل غير ظاهر في المرتفعة وقد روى عن أشهب في الابق وداء الفرج مثل قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) وان تبرأ اليه بعيوب ليست به لم تنفعه البراءة وللمبتاع الرد بما طاع عليه مما سعى له ولم يره اياه قاله ابن القاسم في المدونة ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه قصد التلقيق والغرر بذكره ما ليس في المبيع من العيوب والمبتاع لما ذكره ما ليس فيه من العيوب اعتقد أن جميع ما ذكره بالتلك المثابة فكان بمنزلة أن يتبرأ من عيب (مسئلة) ولا تنفع البراءة من كل عيب علمه البائع وان سماه حتى يخبره انه بالمبيع رواه أشهب عن مالك قال مالك وكذلك لو أفرد له عيبا حتى يخبره انه به ووجه ذلك انه اذا كان تبرأ من عور ولم يره اياه ولم يخبره انه بالمبيع فان المبتاع لم يلزمه وانه ظن ان ذلك تشدد في البيع واستظهار في التحرز فلم يقطع ذلك حقه من الرد بالعيب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك ان قول البائع ابتعتك هذا العبد وأتبرأ اليك من عيب كذا وليس به أو لا علم لي أو يقول له ان وجدت به عيب كذا فلا رد لك به فان ذلك لا يكون براءة منه لان المبتاع لم يدخل على تحقق وجوده بالمبيع (مسئلة) وهذا اذا تبرأ بالعيب في نفس العقد فان جاء متبرئا منه بعد العقد فان ذلك على ضربين أحدهما أن يكون من العيوب الظاهرة والثاني أن يكون من العيوب الخفية فان كان من الظاهرة لزم المبتاع الرضا بها أو الرد وان كانت مما يخفى لم يلزمه ذلك وكان له القيام به متى طاع عليه بعد ذلك لان العقد قد انعقد على السلامة فلا يقبل تبري البائع بعده بما لا يعلم صدقه لان ذلك محمول على الندم منه (مسئلة) فان أراد البائع أن يمكن من اقامة البينة بما ادعاه من العيب ليرضى به المبتاع أو يرد كان له ذلك دون أن يغيب عليه لانه يعلم بذلك صدقه فيما ادعاه كالعيوب الظاهرة (مسئلة) واذا وضع البائع دينارا من الثمن بعد البيع ليرأ من عيوبه فقد قال ابن الموزان عن مالك في الدابة ان وجد بها عيبا كان له الرد قال أصبغ كالمو باع بالبراءة قال ابن حبيب لا يجوز ذلك في الدابة ويجوز في الجارية لان بيعك على البراءة جائز والبراءة فيها ثابتة وهذا يشبه ما أشار اليه أصبغ واحتج ابن حبيب في ذلك بأن الحاق هذا بالعقد بعد انعقاده يصح كمشتري مال العبد بعد الصفقة ومشتري كمالا من صبرة قد باعها جزا فاعلى ما كان يجوز له أن يستثنيه منها حين البيع (مسئلة) ولو كان ذلك في نفس العقد بأن يبيع منه بعشرة يضع منه دينارا لعيوبها وقال ابن حبيب من قول مالك في الدابة والجارية انه ان وجد عيبا رد المبيع كمن نكح بعشرة على ان ترك له دينارا على أن لا يتزوج فالتكاح جائز ولا شيء عليه وهذا الذي رواه ابن حبيب مخالف لما قاله في المسئلة قبل هذا ويجب على قوله في تلك المسئلة أن يثبت له ذلك في الجارية دون الدابة وقياسه على النكاح غير صحيح لان النكاح لو اشترط فيه ذلك بعد العقد لم يثبت الشرط ولم يلحق بالعقد

(فصل) وأما البراءة العامة فعلى ضربين أحدهما أن يشترط البراءة مما يعلم ومما لا يعلم جلة فهذا لا يجوز والثاني أن يشترط براءة عامة مما لا يعلم فهل يبرأ من كل ما لم يعلمه روى ابن القاسم عن مالك انه يبرأ من كل ما لم يعلمه قل أو كثيرا من الحل في الرائعة قال سحنون سواء كان العيب ظاهرا كالعور أو خفيا وبهذا قال جماعة أئمتنا فيما حكى ابن حبيب الا لمغيرة فانه قال ما لم يجاوز الثلث فان جاوز الثلث لم تنفعه البراءة منه ووجه ما ذهب اليه الجمهور ان هذه البراءة مما لم يعلم به

البائع ولا البيع معرض له فتثبت البراءة منه كالأول كان الثلث فأقل ووجه قول المغيرة أن هذا عيب يذهب معظم من المبيع فوجب أن لا يتناولوه إطلاق البراءة كالحل في الرائحة (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالبراءة العامة عند جماعة أصحابنا لا شك تتناول الحل سواء كان البائع سلطاناً أو غيره قال ابن الموزان ويبيع الجارية الرائحة بالبراءة على الإطلاق جائز ولا يدخل الحل في البراءة ولو شرط البراءة من الحل فسد البيع وقال ابن حبيب في الجارية المسبية تقع في سهم الرجل أو يشتريها في المقاسم أن له أن يلتذ بها قبل الاستبراء بمادون الجماع لأن بيع المقاسم بيع براءة فلو ظهر بها حل لم يرد هابه وهذا يقتضي تناول البراءة العامة للحمل ووجه قول مالك رحمه الله أن البراءة العامة فيما يجوز إقراره بالبراءة دون ما لا يجوز إقراره كالأول يتناول ما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه

(فصل) ثم رجع إلى تعيين باقي المسئلة وهو قوله فإن علم عيباً فكمه لم تنفعه البراءة وكان ذلك البيع مردوداً يريد أن البراءة المطلقة لا تؤثر فيما علمه البائع من العيوب وإنما تختص بما لا يعلمه منها فإن وقع هذا وكان البائع بالبراءة هو السلطان وقد علم بالعيب فقد روى ابن الموزان عن مالك للبتاع رده وكذلك أن علم به من يبيع عليه من مفلس قديناً أن البراءة لا تثبت فيما علم من العيوب ولا تؤثر فيه وروى داود بن جعفر عن مالك إذا أشهد على الغريم أنه دلس بالعيب فإن المبتاع لا يرد بعيب وجده به إذا ثبت أن المثل قد فرق على الغرماء (فرع) وبما ثبت تدليس أن علم أن المفلس علم بالعيب كان للبتاع الرد وأخذ الثمن من الغرماء لأنه قد علم أن البراءة غير لازمة لما علم البائع أو من يبيع عليه من العيب وإن لم يثبت ذلك إلا بانرار المبيع عليه فإن المبتاع لا يرجع على الغرماء بما قبضوا من الثمن لأن إقرار المبيع عليه لا يقبل عليهم في استرجاع ما بأيديهم وللمبتاع أن يسكه بعينه أو يرده عليه ويتبعه بالثمن في ذمته لأن إقراره مقبول في خاصة نفسه لأنه لم يجبر عليه لحق نفسه وإنما حجب عليه لحق الغرماء (فرع) فإذا قلنا له القيام بالعيب في المدونة من ابن نافع وابن الناسم ومالك يرجع بقيمة العيب فيأخذه من الغرماء ويرجع به الغرماء على غيرهم وروى ابن الموزان عن مالك أن للبتاع رده وأخذ الثمن

العيب في الرقيق

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لي فاخصمنا إلى عثمان بن عفان بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارجع العبد فصاح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخسمائة درهم * ش قضاء عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر رضي الله عنه بما بين أنه ما كتم عيباً علمه تجوز منه لبيع الإنسان عبده بالبراءة وأعمال منه بالبراءة فيما لم يعلم البائع من العيوب دون ما علم وأبقى للبتاع حكم الرد بالعيب فيما علم به البائع وكه وإن كان عثمان بن عفان رضي الله عنه لا يشك في فضل عبد الله بن عمر وأنه لا يرضى بكتان عيبه والتدليس به إلا أن الأحكام في الحقوق والمعاملات جارية على حد واحد في الصالح والظالم وإنما يختلف حالها في الأحكام التي تتعلق بالتهمة وظاهرها سالم ويعتدل أن يكون عبد الله بن عمر اعتقد أن البراءة المطلقة تبرئه فيما علم من العيوب وما لم يعلم فلم يسوغه ذلك عثمان رضي الله عنه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالبتاع بالبراءة على ضربين أحدهما أن يبيع بالبراءة على الإطلاق

* العيب في الرقيق *
* حدثني يحيى عن مالك
عن يحيى بن سعيد عن
سالم بن عبد الله أن عبد الله
ابن عمر باع غلاماً له بثمانمائة
درهم وباعه بالبراءة فقال
الذي ابتاعه لعبد الله بن
عمر بالغلام داء لم تسمه لي
فاخصمنا إلى عثمان بن عفان
بالبراءة فقضى عثمان بن
عفان على عبد الله بن عمر
أن يحلف له لقد باعه العبد
وما به داء يعلمه فأبى عبد
الله أن يحلف وارجع العبد
فصاح عنده فباعه عبد الله
بعد ذلك بألف وخسمائة
درهم

فهذا متى اطلع المبتاع على عيب في المبيع وادعى علم البائع لزمته اليمين ان علم بالعيب الذي اطلع عليه المبتاع لا خلاف في هذا على المذهب وان لم يدع علم البائع به وسكت عن ذلك أو قال لا علم لي به علم أولم يعلم فان الظاهر أيضا من المذهب لزوم اليمين للبائع للحكم ببراءته من ذلك العيب وهذا الظاهر من حديث عثمان لان المبتاع لم يدع العلم وانما قال به داء لم تسعه لي فأوجب عثمان بن عفان لذلك اليمين دون أن ينقل اليها في الحديث سؤاله هل يدعى العلم أم لا ويجب على رواية عن ابن القاسم في رد اليمين أن لا يمين للمبتاع على البائع الا بعد أن يدعى علمه بالعيب (مسئلة) روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في المدنية يحلف على علمه في العيب الظاهر والباطن الا أن يستدل بأمر لا يشك في كذبه فانه يرد عليه بقول البيهنة وقال ابن نافع يحلف على علمه لانه لو شهد بأن العيب كان عند البائع لم يرد عليه حتى يشهد عليه بأنه علم به (مسئلة) ويحلف على ذلك من الورثة من يظن به علم ذلك من صغار الورثة ثم يكبر في الظاهر والخفي رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ قال أصبغ وهو مذهب مالك وظاهر اللفظ يقتضي عندي انه كان صغيرا يعلم ذلك عند التبايع فلم يحكم في الامر ولا وقع التنازع فيه حتى كبر والذي تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك في الايمان التي تتعقد على العلم أنها لا تلزم الصغير ولا الغائب ولعله أراد بالصغير من لا يفهم الامر عند وقوعه لصغره وبلغني أن أبا عبد الله بن عوف كان يوجب الايمان عليهما ويقول لعله قد بلغهما ذلك بخبر من أخبرهما حتى يتيقنا كما يحلفان مع شاهدهما على ماوجب لموروثهما من الحقوق (مسئلة) فان نكل البائع عن اليمين ردت من المبيع على المبتاع ولم يلزم المبتاع مدين قاله مالك وجاعلة أصحابه وروى يحيى عن ابن القاسم تلزمه اليمين ووجه قول مالك ان المبتاع لم يدع أمرا يرد عليه فيه اليمين وانما قام بعيب موجود لم يبرأ اليه منه والذي يبرأ البائع من ذلك العيب اليمين المذكورة فاذا نكل عن علمه لم يكن له ردها ووجه رواية يحيى أن اليمين في الرد بالعيوب اذا ثبت لها محل فحكمها أن تنقل الى محل آخر كسائر الايمان المتعلقة بها (مسئلة) وهذا فيما يتيقن من العيوب انه أقدم من زمن التبايع ورواه ابن حبيب عن مالك وابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وروى يحيى عن ابن القاسم يحلف البائع على علمه كما يحلف فيما يتيقن قدمه وجه الرواية الاولى أنه انما يستحلف على علمه في حين التبايع فانه لا يصح أن يستحلف على تعلق علمه به ووجه الرواية الثانية ان نفي تعلق علمه بالعيب هو المقصود من يمينه فان كان موجودا حين التبايع فهو اليمين المتفق على اثباتها وان كان حدث بعد ذلك فعير مؤثر في يمينه انه لم يعلم به

• قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله القوت حتى لا يستطيع رده فقالت البيهنة انه قد

(فصل) وأما الضرب الثاني من البيع بالبراءة فان يشترط أن لا يمين عليه فهذا روى أشهب عن مالك انه لا يمين عليه ان وجد المبتاع عيبا وهذا عندى مبنى على جواز اشتراط التصديق في القضاء وغيره فمن جواز اشتراط التصديق دون يمين قضى ههنا بان لا يمين على البائع ومن لم يجوز اشتراط التصديق فاليمين لازمة له على كل حال

(فصل) وقوله فأبى عبد الله أن يحلف وار تجع العبد لم يكن أباه عن اليمين لانه رضى الله عنه كان دلس بعبه وعلمه وفهمه يقتضى معرفته بأن لا اثم في يمين بارة ولكنه لا يخلو من أحد أمرين اما أنه اعتقد أن البيع بالبراءة يبرئه مما علم ومالم يعلم والثاني التصاون عن اقتطاع الحقوق بالايمان وهكذا يجب أن يكون حكم ذوى الانساب والاقدار ص • قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان كل من ابتاع وليدة فحملت أو عبدا فأعتقه وكل أمر دخله القوت حتى لا يستطيع رده فقامت البيهنة انه قد

كان به عيب عند الذي باعه أو علم ذلك باعتراق من البائع أو غيره فإن العبد أو الوليدة يقوم وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فرد من الثمن قدر ما بين قيمته صحيحا وقيمته وبه ذلك العيب $\frac{1}{2}$ ش وهذا كما قال ان هذا مما أجمع عليه علماء المدينة وجميع علماء الأمصار ان من ابتاع شيئا فاطلع على عيب يمكن التدليس به فإن له الرجوع بقيمة العيب على تفسيرا يأتي بعده هذا ان شاء الله تعالى وذلك ان العيوب على ضربين ضرب يمكن البائع معرفته والثاني لا يمكن معرفته فأما ما يمكن البائع معرفته فإنه يحكم على البائع فيه بحكم تدليسه به في الرد بالعيب ولا يفسد تدليسه به العيب خلافا لمن قال بذلك والدليل على ذلك حديث المصراة الذي يأتي بعده هذا ان شاء الله تعالى من الاصل وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلها ان رضىها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر فثبت له امساكها ان رضىها وهذا يدل على صحة العقد ولو كان العقد فاسدا لم يكن له امساكها ومن جهة المعنى ان نقص المبيع عما عقد عليه لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى رزمة على ان فيها عشرة أثواب فالفها تسعة أو اشترى صبرة على ان فيها عشرة أرادب فألفها تسعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان المتابع اذا اطلع على عيب لا يخول من ثلاثة أحوال أحدها أن يكون المبيع بحسبه لم تدخله زيادة ولا نقصان والثاني أن يدخله ذلك ولم تفت عينه والثالث أن تقوت عينه فأما الحال الأولى فالمتابع بالخيار بين أن يرد المبيع ويرجع بجميع الثمن أو يمسكه معيبا ولا شيء له من الثمن والاصل في ذلك حديث المصراة وهو قوله صلى الله عليه وسلم بخير النظرين ان رضىها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر (مسئلة) واذا ابتاع رجلان عبدا في صفقة واحدة فاطلعا على عيب ثبت لهما خيار الرد بالعيب فان أراد أحدهما الرد أو أبى منه الثاني فعن مالك في ذلك روايتان أحدهما له ذلك وهي رواية ابن القاسم وبها قال الشافعي وروى عنه أشهب ليس له ذلك وبه قال أبو حنيفة والكلام في هذه المسئلة يشتمل على ثلاثة فصول أحدها أن يبيع الواحد من اثنين بمنزلة عقدين على رواية ابن القاسم وبمنزلة عقد واحد على رواية أشهب والفصل الثاني ان البائع اذا أوجب لهما فان لاحدهما القبول دون الثاني على رواية ابن القاسم وليس له ذلك على رواية أشهب والفصل الثالث تعيين المسئلة فوجه رواية ابن القاسم ان هذا عقد في أحد طرفيه عاقدان فكان بمنزلة العقدين أصله اذ ابيع اثنان من واحد ووجه الرواية الثانية ان البيع انما وجب في جميع العقد فلا يجوز لمن ابتاع منه أن يقبل بعضه كالواجب فيه لو احم لم يكن له أن يقبل بعضه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فلا تقربيع فيه واذا قلنا برواية أشهب فان أراد أحدهما الرد أو اذ الآخر الامساك فان رضى البائع بذلك فلا مريية ان لمن لم يرد الرد التمسك بحقه ويكون البائع شريكه في رده عليه المشتري الآخر وليس للتمسك أن يأخذ بعيب الراد لان الراد ملكه فله رده على البائع انتقض البيع فيه فيرجع على ملك البائع وليس للتمسك طريق الى ملكه فلا حجة له فيه وان أبى البائع من تبعض صفقته فقال أشهب القياس في مسئلة ورثة المشتري الخيار بين أن يردا جميعا أو يمسك جميعا واستحسن لمن أراد التمسك وأراد أن يأخذ بنصيب الراد أن يكون ذلك له وقال ابن المواز لا كلام للبائع اذا لم يرد أخذ بنصيب الراد دون التمسك وللمتسك أخذ بنصيب الراد وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب انه اذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه لم يكن لصاحبه الرد وكان له الرجوع بقيمة العيب وهذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب اذا رد أحد المتبايعين أن يقال للبائع اما أن تجزئه رد نصيبه واما أن ترد عليه ما يصيبه من قيمة العيب مثل ما حكى ابن القاسم عن مالك في الذي يشتري عبدا فيبيع

كان به عيب عند الذي
باعه أو علم ذلك باعتراق
من البائع أو غيره فان
العبد أو الوليدة يقوم
وبه العيب الذي كان به
يوم اشتراه فيرد من الثمن
قدر ما بين قيمته صحيحا
وقيمته وبه ذلك العيب

نصفه ثم يطالع على عيب فبريد الرد فانه يقال للبائع اما ان تجيز رد النصف الباقي بيده أو ترد عليه نصف قيمة العيب وهذا مقتضى القياس على قول أشهب ويحتمل عندى أن يكون هذا معنى قوله اما أن يرد جميعا أو يسكاجيعا ولم يبين حكم ذلك القياس اذا رد أحدهما وأمسك الثانى وقال ابن وهب ان أراد أحدهما الرد وأباه الثانى تقاوماه لان البائع لا يقبله الا كله وفي هذا الضرب من العيوب أربعة أبواب: الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب * والباب الثانى في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتميزها من غيرها * والباب الثالث في بيان ما يحدث بالمبيع مما يثبت للبتاع به الخيار في الرد بالعيب والتمسك بالمبيع أو الرجوع بقيمة العيب * والباب الرابع في بيان المعاني التي يفوت بها الرد بالعيب جملة

(الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب)

العقود على ثلاثة أضرب عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب والضرب الثانى عقد مختص بالمكرامة ونفى العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة فهذه لا يثبت فيه حكم الرد بالعيب والضرب الثالث عقود ظاهرها المكاملة ولها تعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب فهذه حكى القاضي أبو اسحاق عن عبد الملك الموهوب له لا يرد بيع وعن المغيرة مثل ذلك ولا في العيب المفسد ووجه ذلك ان هذه عقود جرت العادة بأن يكون العوض فيها أكثر من قيمة الموهوب وهذا ينافى الرد بالعيب لمدة لان مقتضى ذلك المساعدة والمكايسة

(الباب الثانى في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتميزها من غيرها)

العيوب التي يثبت بها الخيار في الرد بالعيب جملة وذلك ان خيار الرد بالعيب على ضربين أحدهما أن يثبت بغير شرط والثانى لا يثبت الا بشرط فأما ما يثبت بغير شرط فهو لكل عيب في المبيع ينقص ثمنه وهو على قسمين قسم هو نقص في عين المبيع والقسم الثانى نقص في غير عينه لكنه ينقص ثمنه فأما ما هو نقص في عينه كالعمى والعمى وقطع يد أو رجل أو أصبع ووجود الظفرة في العين أو البياض والصمم والخرس والبكم الا في الصغير الذى لا يتبين أمره والعسر في العبدان لا يعمل بهما والبخر في الفم في الذكر والاثني (مسئلة) وأما الأخرس فان نقص الضرر الواحد عيب في الرائحة حيث كان وليس بعيب في غير الرائحة الا أن يكون في مقدم الفم أو ينقص خسران حيث كانا فانه عيب في الذكر والاثني ووجه ذلك ان الضرر الواحد لا يؤثر كبير نقص من جهة الخلقة الا أنه ينقص من ثمن الرائحة لانه يتق من تغير الرائحة حيث كان في أكثر الاوقات واذا كان في مقدم الفم فانه يقبح منظره فاستوى في ذلك الرائحة وغيرها والضرر ان مؤثران ومانعان من قوة الأكل وعجلته لاسبابها يحتاج الى شدة مضغ وهذه المعاني والاسباب انما تعتبر بنقص الثمن فيما ينقص هو عيب الرد وما لا ينقص الثمن فلا حكم فيه الرد (مسئلة) وأما الثيب ففي كتاب ابن المواز ترد به الرائعة ولا يرد به غيرها قال ابن المواز وهذا في الشابة وقال ابن حبيب عن مالك لا ترد الرائعة الا بكثره ويحتمل أن يكون الروايتان قول واحد لان اليسير من الشيب ليس بعيب لانه كثير شائع كالخال يكون والشعر والشعرتان تبدو مما لا يسمع ولا يرى الا مع فرط التأمل والتفتيش وأما الكثير فانه مؤثر في الجمال فاخص بالرائحة دون غيرها (مسئلة) وأما الاستحاضة فعيب في على الرقيق وخشعه وقال ابن حبيب ان كانت الاستحاضة تعثر بها المرة بعد المرة فعلى البائع أن يبين والا فهو عيب ترد به ووجه الفرق بينهما أن دم الاستحاضة مما يكره وتلحق المشقة في التوقي منه وليس

في ارتفاع الحيز شيء من ذلك والذي يقتضيه مذهب المدونة ان ذلك سواء (فرع) فان استحيضت
الامة لم يكن ذلك عيبا ترد به حتى يثبت انه كان عند البائع وانه ان لم يظهر الا في الدم الذي وقع به
الاستبراء فقد قال ابن المواز لا ترد به لان بالحيز قد تمت المبتاع فاختل بعد ذلك من استحضرة
او غير هالزم وهذه الاستحضرة التي تكون عيبا قال ابن المواز عن مالك شهران وهذا في الجملة على
قدر ما ينقص ثمنها (مسألة) وأما ارتفاع الحيز فالمشهور من ذلك انه اذا أتى من ذلك ما فيه على
المبتاع ضرر فانه يرد به ولا خلاف في ذلك في المذهب الا ما قاله ابن حبيب قبل هذا ان ارتفاع الحيز
المرّة بعد المرة لا يلزم البائع التبري منه وليس للمبتاع الرد به ويحتمل أن يكون ما ذهب اليه ابن
القاسم في المدونة في تأخره في مدة الاستبراء حتى يلحق به الضرر وما قاله ابن حبيب في التي لم تأت منه
في مدة الاستبراء ما خالف المعهود وأما اطلاع على أنه قد كان يتأخر عنها المرة بعد المرة والله أعلم وأحكم
(مسألة) والحل عيب في المرتفعة ولا خلاف في ذلك وأما الوخش فروى ابن القاسم عن مالك انه
عيب وقال ابن كنانة ليس بعيب فيه ورأه أشهب عن مالك وجه القول الأول انه عيب ينقص
من الثمن فثبت به حكم الرد بالعيب كسائر العيوب ووجه القول الثاني انه عيب لا يؤثر في الوخش
وقد قال مالك في الحل في الوخش لا يؤثر كبير تأثير ورأه مالك في نقصان فيه ولذلك يجوز بيعه بالبراءة
من الحل وأصل المسئلة تدور على هذا فان نقص من الثمن رد به والا فلا ووجه آخر وهو أنه لو
استأجر في جملة رقيق لم يرد به عيب الحل رواه ابن القاسم عن مالك في العتية (فرع) فاذا قلنا
انه يرد بالحل فكيف يكون وجه الرد به في المبسوط ان ظهر بها حل وجاء ستة أشهر من يوم قبضها
المشتري لم يرد البية وان ولدته قبل ستة أشهر كان له الرد وجه ذلك أنها اذا ولدت ستة أشهر من
يوم البيع جاز أن يكون حدث عند المبتاع فصار له حكم ما يقدم ويحدث من العيوب فان ولدته لاقول
من ستة أشهر على انه عيب قديم أقدم من أمد التبايع يثبت الرد به

(فصل) وأما الزعر فانه عيب يرد به قال ابن المواز ان كان في غير العانة واختلف أصحابنا في
تعليل ذلك فقال سحنون لانه يذهب ببلدة الوطء وهذا يقتضي اختصاصه بالفرج وقال ابن حبيب
لاتتقى عاقبته من الداء السوء يعني الجذام (مسألة) وان كان في آباء الرقيق المبيع مجذوم أو
مجذومة فهو عيب يرد به وخشا كالأورثاء رواه ابن حبيب عن مالك وذلك انه يتقى سرايته الى
الولد وأما ان كان أحداً جداداً لامة أسود فقد روي أشهب لارد له وان كانت ذات عيب وفي الواخنة
عن مالك انه عيب في الرائحة قال لما يتقى أن يخرج ولده منها أسود (مسألة) وأما عيوب الدواب
الذي يهدفها وينقص من أثمانها فان كان خلقة كالعور والجرد أو حاداً كازمص والدر وما كان
مثل ذلك من العيوب فانه يرد به وكذلك سائر المبيعات غير الرباع فان ما وجد فيها من عيب ينقص ثمنها
فانه يثبت به خيار الرد بالعيب (مسألة) وأما الدار فان وجد بها صدعاً قال ابن القاسم أما ما يخاف
منه سقوط الدار فيرد به والا فلا قال الشيخ أبو محمد العيوب في الرباع ثلاثة أضرب أحدها أن
تستغرق معظم الثمن فهذا يرد به ويرجع بالثمن والثاني أن لا ينقص من الثمن فهذا لا يرد به ولا يرجع
بقية العيب فيه والضرب الثالث أن ينقص من الثمن ولا ينقص معظمه فهذا يرجع بقية العيب
ولا ترد به الدار ورأيت لبعض أصحابنا الأندلسيين أنه ترد به واختلف القائلون بقول أبي محمد في
تعليل ذلك فقال أبو محمد ان الدار تخالف سائر المبيعات بدليل أنه اذا استحق منها اليسير لم يرد الباقي
بالثمن ولو استحق من العبد اليسير لم يلزم الباقي بالثمن ووجه ثان انه لو أطلق أحد العقد فيها واستحق

أحد جدرانها الأربع لم يرجع المتبائع في ثمن من الثمن وقال غيره العلة في ذلك أنها لا تتخذ غالباً إلا للثمن فيثبت فيه خيار الرد بالعيب ما لم يفت كالحيوان

(فصل) وأما ما ينقص ثمن المبيع ولا ينقص جسده كالإبقاء والسرقة وشرب الخمر أو الخد فيه في الرقيق والزنى في الأمة والحران في الفرس أو التفار المفرط في الدواب أو قلة الأكل المفرط فيها فإن ذلك عيب يرد به المبيع فأما الزنى في العبد فعند مالك أنه عيب يرد به وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يرد به والدليل على ما نقوله أنه زنى وجد في مملوك فكان لمن ابتاعه أن يردّه كما لو كان جارية (مسئلة) وأما البول في الفراش في حال الكبر فعيب يرد به العبد والأمة راعين كانا أو غير راعين وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يرد به العبد وترد به الأمة والدليل على ذلك ما تقدم ذكره (فرع) ولا ترد بالبول في الفراش إلا بينة تشهد أنها كانت تبول عند البائع ولا يحلف البائع على نفي ذلك إلا بشبهة مثل أن توضع على يده امرأة ورجل له امرأة تنظر إليها فتخبر بذلك المرأة أو الرجل فيجب اليمين على البائع وإن أتى المتبائع عن تنظر إلى مرقدها بالغدوات مبالوا فلا بد من رجلين لأن هذا من معنى الشهادة ثم يحلف البائع قال ذلك كله ابن حبيب (مسئلة) التأنيت في العبد والترجل في الأمة عيب قال ابن حبيب عن مالك معنى ذلك أن يكون العبد متخفياً أو تكون الأمة مترجلة كشرار النساء فأما ترصيع كلام الرجل وتذكير كلام المرأة فلا يردان به وفي المدونة يرد العبدان كان مؤنثاً والأمة إن كانت مذكرة واشتراه بذلك قال الشيخ أبو محمد في قول ابن حبيب هذا خلاف ما في المدونة وقال بعض الصقليين ليس ذلك بخلاف له (مسئلة) والدين على الأمة والعبد عيب وكذلك الزوج للامة وقال الشافعي لا يرد به ودليلنا أن هذا معنى يمنع الاستمتاع بالامة فيثبت به خيار الرد بالعيب كداء الفرج والزوجة في العبد عيب لأن هذا يبطل على سيده منه حكماً مقصوداً وهو أن يزوجه من أمته وكذلك الولد الصغير والكبير وكذلك الأب والأم لأن كل واحد من هؤلاء يميل إليهم العبد والأمة ويصرف إليهم فضل كسبه وبعض قوته فيضر ذلك بغلته وقوته وأما الأخ والأخت وسائر الأقارب من الأعمام والعلمات والأخوال والخاللات فلا يثبت بهم رد بعيب لأن أمرهم أبعد والضرر بهم أقل (مسئلة) وأما عتار الدابة في المدنية من رواية عبد الرحمن ابن دينار عن ابن كنانة أن علم أن ذلك كان عند بائعها بشهادة أو أقرار ردت عليه وإن لم يعلم ذلك وكان عتارها قريماً من بيعها حلف البائع أنه ما علم بذلك وإن ظهر ذلك لها بعد زمان طويل ومدة يتحدث العتار في مثلها فلا يمين عليه (فرع) وهذه العيوب كلها إنما يرد بها إذا ثبت أنها كانت في ملك البائع فإن لم يثبت ذلك ودعا المتبائع إلى يمين البائع وإن ذلك لم يكن عنده روى ابن القاسم عن مالك في المدونة في مسئلة الإبقاء لا يمين عليه ورواه أشهب عن مالك في مسئلة الزنى والسرقة وروى ابن المواز عن ابن القاسم في السرقة والزنى يحلف البائع على ذلك وجه نفي اليمين ما احتج به ابن القاسم من أن المتبائع إذا أبيع له ذلك استحلف البائع كل يوم مائة مرة ووجه إثبات اليمين أنه عيب ثابت يشك في قدمه وحدوثه فلزم البائع اليمين ليبرأ به منه كعيب وجده في جسده والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما ما يثبت بالشرط فهو على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط المتبائع نطقاً والثاني أن يصيب البائع به المبيع والثالث أن يكون ذلك عادة المبيع وعرفه فأما شرطه نطقاً فإنه إن اشترط الأعلى من جهته اليمين فوجد خلافه كان له الرد وإن اشترط الأدنى لم يكن له الرد الآن يكون له

غرض يعرف وذلك مثل أن يكون عنده عبد نصراني فيشترى أمة على أنها نصرانية أو تكون عليه
يمين أن لا يملك مسلة وقال الشافعي له الرد بكل وجه وقال أبو حنيفة لا رد له في شيء من ذلك ودليلنا
على الشافعي أنه صار إليه المبيع على شرط وزيادة فلم يكن له الرد بالعيب أصل ذلك إذا شرط أنه أعور
فاذا هو بصير بعينه ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا خرج له المبيع على غير المله التي شرط وله في
ذلك غرض صحيح فثبت له الخيار كما لو شرط أنه مسلم فخرج كافرا (مسئلة) ومن اشترى عبدا على
أنه أعجمي فالقاه فصيحاً أو على أنه مجلوب فالقاه مولداً ففي الواضحة عن أصبغ له الرد به زيادة كان أو
وضيعة لأن الناس في المجلوب أرغب ومن هذا الباب ما روى على بن دينار عن ابن القاسم في الرقيق
يجلب من طرابلس فيدخل المصري رأسيينهما فيباع على ذلك قال أرى للبتاع رده وكذلك الدواب
والخير وكذلك قال مالك فحين خلط سلعة بركة ميت ولم يبين أن للبتاع الرد

(فصل) وأما ما يصف به البائع المبيع أو يصف الرقيق به نفسه مثل أن يقول هي بكر أو هي طبخة
ثم لم توجد على ذلك فأنه ترد به ووجه ذلك أن المبتاع دخل على ما وصفت به فكان ذلك بمنزلة الشرط
(فصل) وأما ما كان له عرف وعادة فوجده على خلاف ذلك مثل أن يشتري ناقه يحمل على مثله
فلما جاء أن يحمل عليها لم تنهض فقدر روى ابن المواز عن مالك له الرد ووجه ذلك أن المشتري لم يدخل
في هذا الاعلى العرف والعادة من مثله فإذا كان مثله لا يحمل ولم يكن عذر مانع من عجز أو مرض
فقد خالفت المعهود من مثله وكان ذلك بمنزلة أن ينقص عضو من أعضائها (مسئلة) ومن اشترى
قلانس فوجد حشوها صوفاً أو كانت من خرق بالية قال أشهب عن مالك لا ترد لأنها في الأغلب
لا تصنع إلا من ذلك زاد ابن المواز أن كان حشوها صوفاً بالرفعة ترد ولا ترد الدنية وأصل ذلك كله
العرف والعادة أن ما جرت العادة فيه باصر فوجد أقل منه كان له الرد به وما وجد على ذلك فعليه دخل
فلارده قال أصبغ فحين اشترى قميصاً فوجد سابقه أدنى رقعة من بدنه أو كيه وكذلك معقد
السراويل أن كان متقارباً فله الرد وإن كان غير ذلك لم يرد

(باب)

وأما ما يحدث بالمبيع مما يثبت به الخيار للبتاع في الرد بالعيب أو الرجوع بقيمته فسيأتي ذكره بعد
هذا إن شاء الله تعالى

(باب)

وأما ما يثبت الرد بالعيب فعلى ثلاثة أضرب أحدها أن يموت المبيع من ملك البائع والثاني أن
يكون بائناً في ملكه ولكن تغير تغيراً أحاله من جنسه والثالث أن يعقد فيه عقداً يمنع من رده فأما
الضرب الأول فعلى قسمين أحدهما أن يخرج عن ملكه بغير عوض مثل أن يموت أو يعتقه أو
يتصدق به فمفع هذا كله قد فأت الرد بالعيب لفوات العين وخروجها عن ملكه وله الرجوع بقيمة
العيب لأن البائع قد أخذ من مال المبتاع ما يقابل العيب من الثمن بغير ثمن فكل له الرجوع به
(مسئلة) فإن خرج عن ملكه قبل الرد بالعيب بعوض كالبيع أو الهبة للشواب فلا يجزئ أن
يبيعه من ياتعه منه أو غيره فإن باعه من ياتعه منه بمثل الثمن فلا تراجع بينهما في نه ليس ولا غيره وإن كان
بأقل من الثمن رجوع عليه بقيمة الثمن إلا بالأقل من البقية أو قيمة العيب وجه ذلك ما احتج به في المدونة
أنه لو كان عنده رد عليه ورجع بجميع ذلك وقدرته إليه فكان له استيفاء جميع الثمن وإن كان باعه
منه بأكثر من الثمن الأول فإن كان مدلساً فلا رجوع للبائع الأول على الثاني وإن لم يكن مدلساً رده

البائع الأول على الثاني ثم رده عليه الثاني فيكون التراجع بينهما في الثمن (مسئلة) فان خرج
عن ملكه الى غير البائع منه فاختلف أصحابنا في ذلك فقال ابن القاسم ذلك فوت ولا رجوع له بقيمة
العيب وبه قال الشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب واختاره القاضي أبو محمد وقال
أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن وحكوا ذلك عن مالك وجه ما قاله ابن القاسم ما احتج
به أن المتنازع اذا باع وقد علم بالعيب فقد رضى به وان لم يعلم به فلم ينقصه من الثمن ومعنى ذلك انه انتقل الى
ملك بعوض صار الى البائع عن جميعها ولذلك اذا رجع المتنازع عليه بقيمة العيب كان له الرجوع على
البائع منه لانه لم يبق عنده ثمن جميع ما صار اليه بالابتاع وبهذا فارق العتق والهبة فانه لم يصل اليه
عوض عن جميع ما ابتاع فكان له الرجوع بقدر الجزء الذي لم يصل اليه من المبيع ووجه القول
الثاني ان البيع اخراج للبيع عن الملك فكان فوتنا لا يمنع الرجوع بقيمة العيب كالعتق والهبة
ووجه القول الثالث ان الذي كان يثبت للبتاع لو كان يبيده الرد بالعيب والرجوع بجميع الثمن فما
أخذ من ثمنه حين باعه عوض عن ذلك فان كان فيه نقص كان عليه جبره الا أن يكون أكثر من
قيمة العيب فليس له الا قدر العيب (مسئلة) فان تغير وهو باق على ملكه تغير انقله عن جنسه
فهل يكون فوتنا يمنع الرد بالعيب أم لا عن مالك في ذلك روايتان قالهما في الصغير يكبر والكبير
يهرم أحدهما انه فوت وليس له الا الرجوع بقيمة العيب على ما أحب البائع أو كرهه واختارها ابن
القاسم في هرم الكبير والثانية ليس ذلك بفوت وله الرد وجه الرواية الاولى ان ما كان مخرجا
للشيء عن جنسه حتى يجوز سلمه فيه فانه يفيت الرد بالعيب في الامثال له لتصيير التوب خرقا والجلود
خفافا ووجه الرواية الثانية ان العين باقية في ملك المتنازع فلم يفوت رد بها بالعيب كما لو فقأ عينها أو
قطع يدها (فرع) فاذا قلنا ان ذلك فوت فيجب أن يراجع في الصغير والكبير ما راعى فيهما
من جواز تسليم صغير الجنس في كبيره لانه مبني عليه وأما في الكبير يهرم فكفى الشيخ أبو بكر
عن مالك ان ذلك اذا ضعف فذهبت قوته ومنفعته أو أكثرهما قال القاضي أبو محمد اذا هرم هرمالا
منفعة فيه انه فوت للرد بالعيب والصحيح عندي من ذلك انه اذا ضعف عن منفعة المقصودة ولم
يمكنه الاتيان بها ان ذلك فوت للرد بالعيب ويرجع بقيمة العيب (فرع) فان قلنا بارواية الثانية
على ما اختاره الشيخ أبو محمد فانه يثبت له الخيار بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين
أن يرده فاما في الكبير يهرم فيرد معه ما نقصه الهرم لانه قد حدث عنده نقص غير مفيت وأما
في الصغير يكبر فانه يرده ولا شيء له من الزيادة لا يشاركه بها في عينه ولا يأخذ قيمته منه لانه نماء من
جنس المبيع فلم يكن للبتاع أن يشارك به البائع كالمسمن (مسئلة) فاذا عقد فيه عقد يمنع رده
فانه على ضربين أحدهما لا يتعقبه الرجوع الى ملك البائع كالكتابة والاستيلاد والعتق الى أجل
والتدبير فهذا له الرجوع بقيمة العيب لانه فوت على حسب ما تقدم والضرب الثاني يتعقبه الرجوع
الى ملك البائع كالأرهن والاجارة والاخذام فهذا يختلف أصحابنا فيه فروى سحنون عن ابن القاسم
انه اذا يرجع الى المبتاع رده على البائع وقال أشهب ان كان أمر ذلك يسيرا رده على البائع وان كان
بعيدا رجع بقيمة العيب وروى نحوه أصبغ عن ابن القاسم وجه رواية سحنون ان هذه مدة
يتعقبها رجوع العبد الى البائع فلم يمنع الرد بالعيب كاليسيرة ووجه الرواية الثانية ان هذا معنى منع
المبتاع من رد المبيع بالعيب فكان فوتنا في رده كالبيع (مسئلة) ولا يكون وطء الأمة فوتنا في
ثيب ولا بكر هذا المشهور من المذهب وروى عنه ابن حبيب انه فوت فيهما وبه قال أبو حنيفة ووجه

القول الاول ان هذا السقناع فلم يمنع الرد بالعيب كالقبيل والملازمة ووجه القول الثاني اجماع الصحابة عند القائل بذلك قال لان الصحابة بين قائلين قائل يقول يردوها ويرد معها المثل وبه قال عمر بن الخطاب وقائل يقول لا يردوها ويرجع بقيمة العيب وبه قال علي بن أبي طالب فمن أحدث قولاً ثالثاً وقال يردوها دون مهر خالف اجماع الصحابة ومن جهة المعنى ان الوطء معنى لا يستباح بالبدل فوجب أن يمنع الرد بالعيب كقطع اليد (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فان البكر والثيب في ذلك سواء وقال الشافعي ان وطء البكر يمنع الرد بالعيب دون الثيب والدليل على ما نقله ان هذا وطء فلم يمنع الرد بالعيب كوطء الثيب (مسألة) اذا ثبت ما ذكرناه فما وجد به العيب لا يتخلوا أن يكون مما له مثل أو مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له فحدث به عند المبتاع معنى مفيت ثم اطلع على عيب عند البائع فقد قال ابن القاسم في مسألة الدينار يقطعه ثم يجده عيباً يرد مثله ويرجع بثمنه وقاله سحنون فحين اشترى شعيراً فبعد ان زرعه علم انه لا ينبت انه يرد مثله ويرجع بالثمن فجعله مثل ما لا يفوت وقال ابن حبيب يرجع بقيمة العيب وجه قول ابن القاسم ان الفوات في البيع الفاسد أثبت لانه لا يفوت بحواله الأبو اوق ثم ثبت وتقرر ان ماله مثل لا يفوت فيه فبان لا يفوت في الرد أولى وأحرى ووجه قول ابن حبيب ان البيع انما يتعلق بعين المبيع والبيع الاول صحيح واذا انقض البيع برد المبيع للعيب فانه لا ينقض الاول فاذا فاق المبيع لم يصح نقض البيع بغيره

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله وقامت البيئة انه قد كان فيه عيب عند الذي باعه أو علم ذلك باعترافه أو غيره يريد ان قدم العيب يثبت بيئته شاهده عند البائع معيباً وقوله أو غيره يحتمل أن يريد به شهادة أهل البصر والعلم بذلك انه عيب لا يحدث في مثل هذه المدة ولا يتخلوا أن يكون العيب مما يبلع عليه الرجال أو مما لا يطلع عليه الرجال فان كان مما يطلع عليه الرجال فقد قال محمد وغيره لا يثبت الا بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة وعمومها (مسألة) وهذا اذا كان مما يستوى الذن في معرفته فان كان مما لا يعلمه الا أهل العلم به كالأمرض والعلل التي تحدث بالناس مما لا يعرفها ويعرف أحوالها وقدر الغور فيها والاستضرار بها وتميز ما جرت العادة بسرعة البرء منها وما جرت العادة بتقرر ذلك أو غيره فيها مما ينفرد الاطباء بمعرفته فانه لا يقبل فيها إلا أقوال أهل المعرفة بذلك فان كانوا من أهل العدل فهو أنهم وان لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل في ذلك قول غيرهم وان كانوا على غير الاسلام لان طريق هذا الخبر لما ينفردون بعلمه

(فصل) وان كان مما لا يطلع عليه الرجال كالعيوب تكون في جسد المرأة أو أحد فرجها فان كان في جسد لها فقد اختلف فيه فالظاهر من قول مالك ان ماتحت الثياب من العيوب يقبل فيه شهادة امرأتين وقال سحنون ما كان في الجسد بقرعنه فنظر اليه الرجال وما كان في أحد الفرجين شهد فيه النساء وجه القول الاول انه موضع منع الرجال من النظر اليه فجاز أن تقبل فيه شهادة النساء كالفرجين ووجه قول سحنون ان الجسد وان كان عورة فهي عورة مخفية فجاز أن ينظر اليها الرجال للضرورة كما ينظرون الى وجهها للضرورة ولما منع الرجال من النظر الى ما صبح من جسد لها بقر الثوب ليتوصل بذلك الى موضع الحاجة ويبقى الباقي على حكم المنع * قال الفاضل أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انه ان أمكن ستر ما حواله و اظهار موضع العيب خاصة استغنى عن بقر الثوب وافساده (فرع) فاذا كان العيب الذي يشهده النساء مما يستوى النساء في تميزه قبل فيه شهادة امرأتين من عدول النساء دون يمين لانهما شهادة كاملة وان كانت من

العيوب التي يفرد بمعرفتها وميزها أهل العلم شهدت امرأتان بصفتهما وسئل أهل العلم بذلك عن حكمها فيثبت الحكم بقولهم (مسألة) اذا ثبت ذلك فان ثبت العيب بشهادة من تقبل شهادته فلا يخلو أن يكون مما يحدث عند المبتاع لقدم أمر التبايع ونفيهم حدوث العيب فلا رجوع للمبتاع بشئ منه الا ما قدمناه في العهدة على ما تقدم من التأويل وان شكوا في ذلك فلا يخلو أن يكون من العيوب الظاهرة أو الخفية فان كان من الظاهرة فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على البت ان هذا العيب لم يكن عنده ويحلف في العيب الخفي على علمه وقال ابن نافع في المدنية يحلف بالبت ولم يفرق بين ظاهر وخفي واحتج لذلك بان المشتري لو شهد له بأنه كان عند البائع لكان له الرد به وان لم يعلم البائع به فيجب أن لا يبرئه أن يحلف على أن ما رده عليه مما لم يعلم به وهذا غير لازم لانه انما يرد عليه اذا ثبت انه كان عنده واذا لم يثبت ذلك ولم يحلف على البت في نفيه أنه غير عالم بقدمه ولا حدوثه لم يلزم رده عليه لانه ليس فيما تقدم ما يوجب الرد فلا يلزمه أن يحلف في نفسه على البت وقال أشهب لا يحلف في الظاهر والباطن الا على علمه ووجه قول أشهب ما احتج به من انه ان كان علم به فهو حائث وان كان لم يعلم به لم يلزمه في الرد حتى يثبت قدمه فلا يجب عليه أن يحلف الا على علمه (فرع) اذا قلنا بقول ابن القاسم في العيوب الظاهرة وسأل ابن حبيب سحنونا عن الخفر في الفم والأضراس الساقطة والعيب في الفرج وجرى الجوف على هذا من العيوب الظاهرة التي يحلف فيها على العلم قال سئل عن ذلك أهل الصنعة والمعرفة (مسألة) فان نكل البائع عن البين وكان من العيوب الظاهرة أو الخفية فقد روى عيسى عن ابن القاسم يحلف المبتاع في الوجهين على العلم انه ما حدث ذلك عنده ويكون له الرد وهذا الذي ثبت في كتاب الموازية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان كان العيب خفيا حلف المبتاع على علمه وان لم يكن خفيا حلف المبتاع ورده ولم يذكر يمينه على البت أو العلم والتقسيم يقتضي انها على البت وروى يحيى بن يحيى عن القاسم مفسرا يحلف في الخفي على العلم وفي الظاهر على البت وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع يحلف المبتاع في العيوب على البت ولم يفرق وبه قال ابن أبي حازم وغيره من المدنيين فتحتمل رواية عيسى الاولى وجهين أحدهما أن تكون موافقة لقول أشهب والوجه الثاني أن يفرق بين البائع والمبتاع فان التدليس انما ينكر من جهة البائع دون جهة المبتاع (مسألة) فان نكل المبتاع عن البين في المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم يلزمه البيع وهذا يقتضي انه ليس له بعد النكول الرجوع الى البين وفيها قول ابن نافع ان نكل المبتاع لم يردّه أبا حنيفة يحلف وهذا يقتضي أن له البين بعد النكول (مسألة) فان ظهر على عيين أحدهما قديم والآخري شك في قدمه فعلى المبتاع أن يحلف انه لم يحدث عنده بخلاف اذا لم يكن ثم عيب قديم للمبتاع الرد وفسخ البيع والبائع مدع عليه ارش العيب المشكوك فيه فان لم تقم له بينة بحدوثه فاليمين على المبتاع في انكاره واذا لم يكن ثم عيب قديم فليس للمبتاع رد الا بما يدعيه من قدم العيب المشكوك فيه فان قامت له بذلك بينة والا حلف البائع على انكاره (مسألة) وان أقام المبتاع شاهدا واحدا على قدم العيب حلف مع شاهده ويكون يمينه على البت وان كان عيبا خفيا قاله ابن المواز فان نكل المبتاع عن البين حلف البائع وقال ابن المواز يحلف على البت وقال أصبغ يحلف على العلم وجه قول ابن المواز ان الشاهد شهد على القطع فيجب أن يكون بين الشهود له موافقا لشهادة شاهده فان نكل ردّت تلك اليمين بعينها على البائع فلزمه أن يحلف على البت ووجه قول أصبغ أن يمين المبتاع موافقة لشهادة الشاهد فلذلك

لزم أن تكون على حكمها وليس كذلك يمين البائع فانها على خلافها فبقيت على حكمها
 (فصل) وان شهد الشهود بأنه أقدم من أمد التبايع فلا يخلو أن يكون المتبايع من يظن به أنه
 لا يخفى عليه ويتهم فيه أو يكون عدلاً عالماً به أو يكون غير عالم عدل فان كان عالماً بذلك متهماً فيه
 كالنخاسين والدلائن فروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك أنه يلزمهم وقال ابن المواز فيما علموا
 أو لم يعلموا وقال ابن حبيب في الظاهر والخفي لبصرهم بالعيوب وقال ابن القاسم ان كان مثله
 يخفى أحلف ما رآه وكان له الرد وان كان على غير ذلك لزمه وجه ما قاله مالك ان بصروهم بذلك
 ونكرر دروسهم عليهم فيه يدل على انه لم يخف عليه في الأغلب مع ما هم عليه من استئصال ما لا يصلح
 والرضا بردي عيب قد علموه وارتضوه ووجه قول ابن القاسم ان الخفي من العيوب قد يخفى عليهم
 فيكلفون استبراء لهم ويكون لهم الرد (مسألة) فان كان المتبايع بصيراً بالعيوب غير متم لتساوونه
 أو تدنيه أو متهماً غير بصير كان له الرد بالعيب الظاهر والخفي دون يمين طال مكث السلعة عنده أو لم
 يطل قاله ابن المواز فان ادعى البائع ان المتبايع قد رضى بذلك وادعى انه أخبره أو أراه اياه لزمت المتبايع
 اليمين فان حلف رد بالعيب وان نكل حلف البائع وبرى به (مسألة) فان لم يدع انه أراه اياه فلا
 يخلو أن يدعى انه بلغه رضا المتبايع به أو لا يدعى ذلك فان ادعى ذلك فهل يحلف المتبايع أم لا روى ابن
 القاسم عن مالك انه يحلف وروى ابن المواز عن أشهب حلف انه تبرأ اليه منه فرضيه وجه رواية
 ابن القاسم ان البائع قد ادعى دعوى يبرأ بمثلها لانه يصح أن يرد عليه فيها اليمين فيحلف ويبرأ وليس
 كذلك اذا ادعى انه رأى المتبايع ولم يدع طريقاً يعرف به ذلك لانه يصح رد اليمين عليه بمثل هذه
 الدعوى فلم يلزم اليمين بها ووجه قول أشهب ان دعوى البائع في ذلك كله لا يبرأ به وانما يبرأ بان
 يدعى البراءة يدل على ذلك انه اذا حلف لقد أخبره بخبر لم يسقط الطلب عنه وانما ثبت بذلك اليمين
 على المتبايع ولا يثبت من الايمان الا ما يتوصل به الى استيفاء حق أو البراءة منه ولا يثبت منه ما يتوصل
 به الى وجوب الايمان ألا ترى أن رجلاً لو ادعى قبل رجل حقاً فلم يكلف اثبات الخطة ادعاها أو أراد أن
 يثبت بيمينه ليتوصل بذلك الى يمين المدعى عليه لم يكن له ذلك فكذلك في مسئلتنا مثله (فرع)
 فاذا قلنا بقول ابن القاسم فان يحصى بن يحصى روى عن ابن القاسم انه يحلف لقد أخبره بخبر واشترط
 فيه بعض المتأخرين أن يحلف لقد أخبره بخبر صدق ووجه ذلك ان يسلم من الالغاز لانه يحتمل ان
 يقسم صيباً أو انساناً أو مسخوطاً يخبره بذلك فيورى على ذلك بيمينه قال وان أظهر الذي أخبره
 بذلك لزم اليمين المدعى عليه وان كان المخبر مسخوطاً فكان يجب على هذا التعليل أن ينظر في حال
 المخبر فان كان مما لا يعاب بقوله ويمكن أن يجاهر باختلاف مثل هذا لم تجب بخبره على المتبايع وان كان
 ممن يعاب بقوله ويظن به تحرى الصدق والحياء من اختلاق الكذب والمجاهرة به أوجب خبره

اليمين والله أعلم وأحكم

(فصل) فان اتفق الشاهدان على تاريخ العيب واختلف المتبايعان في تاريخ العيب فعلى قول
 أشهب القول قول البائع انتقداً ولم ينتقد فهو مدع استحقاق قبض الثمن من المتبايع والمتبايع ينكر
 ذلك وهذا الاصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وقول أشهب كل واحد منهما فقال بالقولين
 وبالله التوفيق (مسألة) فان اختلف في عين السلعة فلا يخلو أن يكون مما يعرف عينه أو مما
 لا يعرف عينه فان كان يعرف عينه كالحيوان والثياب فالقول قول البائع اذا أنكر أن تكون
 سلعته يحلف على البت ويبرأ وان كان مما يعرف من المكيل والموزون والمعدود فلا يخلو أن

يكون من الأثمان أو غيرها فان كانت من الأثمان فاختلف أصحابنا في ذلك فروى ابن حبيب عن ابن القاسم أن الدافع يحلف على علمه في الغش والنقص صيرفيا كان أو غيره وحكى عن ابن الماجشون أن الصير في يحلف على البت وان غيره يحلف في الغش على العلم وفي النقض على البت قال ولم يختلفوا ان اليمين في نقصان العدد على البت وجه قول ابن القاسم أن انتقاد القابض واستيفاء الوزن ومفارقة الدافع على انه قد استوفى بذلك عدده يضعف دعواه الغش والنقص في الوزن ولو ادعى عدم معرفته تلك الاعيان فادونها فيحلف على انه لا يعرفها لأنه ان عرفها وميزها أعيد النظر اليها والوزن لها ويستوفى تمييزا عيانها وانها هي التي دفع الصير في أو غيره فاستوفى وجه قول ابن الماجشون أن معرفته بالغش والغبن وتجوز الوزن ومباشرته له في الاغلب بوجب عليه اليمين على البت انه قد وفاه جيدا وازا وليس عليه أن يحلف على البت في ميزا عيانها ووجه قول ابن كنانة في التفرقة بين الغش والوزن ان الذي ينفرد الصير في بمعرفة هو الغش وأما الوزن فان جميع الناس يستوون فيه فلذلك استووا في صفة اليمين

(فصل) وقوله فان العبد أو الوليدة تقوم به العيب الذي كان به يوم اشتراه فيرد من الثمن ما بين قيمته صحيحا وقيمه به وذلك العيب يريد انه يقوم بقيمته يوم التبايع سليما من العيب ثم يقوم بقيمته ذلك اليوم وبه العيب فينظر كم بين القيمتين فان كان ربعا رجع بجميع الثمن وان كان أقل أو أكثر فبحسب ذلك وذلك ان المتبايع اشترى السلعة والتغابن لازم في البيوعات لأنها مبنية على ذلك فقد أصاب العيب جزأ من الثمن الذي ابتاعه الجملة فيجب أن يرد من الثمن ذلك المقدار فان كان العيب خمس المبيع رد خمس الثمن وان كان أكثر أو أقل فبحسب ذلك ولا سبيل الى تقدير العيب به من الجملة الا على ما ذكرناه وهذا اذا دخل العيب وجهه من وجوه الفوت كالموت والعق و سائر ما قدمنا ذكره أو دخله معنى يثبت به الخيار للمتبايع من نقص بوجب أن يرد العيب مع النقص الحادث أو بمسكه ويرجع بقيمة العيب فأما ان لم يدخله شيء من ذلك فليس للمتبايع الاردة ويرجع بجميع ثمنه أو الامساك ولا يرجع بشيء فان أراد البائع أن يدفع اليه الارش ولا يرد عليه المبيع بالعيب لم يكن له ذلك ما لم يتفقا عليه فان اتفقا عليه جاز خلافا لابن شريح في منعه ذلك والدليل على ما نقله أن هذا خيار يسقط الى مال مع الفوات فجاز أن يسقط الى مال مع الامكان كالخيار في القصاص

ص قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا في الرجل يشتري العبد ثم يظهر منه عيب يرد منه وقد حدث به عند المشتري عيب آخر انه اذا كان العيب الذي حدث به مفسدا مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذي اشترى العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كان قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمه يوم اشتراه وبه العيب ثمانين دينارا وضع عن المشتري ما بين القيمتين وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد ش وهذا كما قال ان من ابتاع سلعة وحدث بها عنده عيب مفسد ثم ثبت فيها عيب قديم كان عند البائع فان المتبايع بالخيار بعد ذلك بين أن بمسك المبيع ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرد المبيع وقيمة العيب الذي حدث عنده ويرجع جميع الثمن وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له رد المبيع وانما له الرجوع بقدر العيب خاصة والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك قوله صلى الله عليه وسلم لا تصرفوا الابل

* قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا أن الرجل يشتري العبد ثم يظهر منه عيب يرد منه وقد حدث به عند المشتري عيب آخر انه اذا كان العيب الذي حدث به مفسدا مثل القطع أو العور وما أشبه ذلك من العيوب المفسدة فان الذي اشترى العبد بخير النظرين ان أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه وان أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد عنده ثم يرد العبد فذلك له وان مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه فان كانت قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار وقيمه يوم اشتراه وبه العيب ثمانين دينارا وضع عن المشتري ما بين القيمتين وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد

والغتم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر فوجه الدليل انه لما أتلف المبتاع اللبن وبقي سائر الحيوان جعله بالخيار بين أن يعمر ما أتلف ويرد من الحيوان وبين أن يمسه ودليلنا من جهة المعنى ان البائع قد دلس بعيب والمبتاع قد حدث عنده عيب بغير تدليس وكل واحد منهما غير راض بما كان عند صاحبه من العيب فاذا تعارض الحقان كان أولاهما بالتقليب المبتاع لأنه لم يوجد منه تدليس ولا تعمد اذا ثبت ذلك ففي هذه المسئلة بيان * أحدهما في بيان المعاني التي تثبت الخيار للمبتاع وتميزها مما لا يثبت له ذلك * والثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد

(الباب الاول في بيان المعاني التي تثبت الخيار)

أما المعاني التي تثبت الخيار فانها على ضربين نقصا وزيادة فأما النقص فعلى قسمين نقص من جهة القيمة ونقص من جهة البدن فأما النقص من جهة القيمة فانه يكون لمعنيين أحدهما لاختلاف الاسواق والثاني لتغير حال المبيع فأما النقص لاختلاف الاسواق فانه لا يمنع الرد بالعيب ولا يوجب رد شيء معه ولا يثبت الخيار للمبتاع فأما ما نقص القيمة لتغير المبيع في غير بدنه مثل أن يحدث فيه اباق أو سرقة أو زنى أو غير ذلك مما لا يؤثر في بدنه ولكنه يهده فيه وينقص الكثير من ثمنه فهذا قال ابن حبيب لا يثبت الخيار وله أن يرد المبيع دون غرم شيء لما حدث عنده وفي العتية من رواية ابن القاسم فيمن اشترى جارية فزوجها فولدت اما حبسها فلا شيء له واما ردها بولدها وفي المدينة من رواية محمد بن صدقة عن مالك فيمن اشترى جارية فزوجها ثم وجد بها عيبا فانه بالخيار بين أن يوضع عنه قدر العيب القديم وبين أن يردّها ويرد معها ما نقص التزويج وجه القول الأول ان ذلك نقص يختص بالقيمة فلم يكن على المبتاع فيه غرم كبعض القيمة لتغير الاسواق ووجه القول الثاني انه عيب ينقص كثيرا الثمن لحدوثه وعند المبتاع يثبت له الخيار بين رد المبيع ومانقه أو التمسك به والرجوع بقيمة العيب كنقص البدن (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو النقص من جهة البدن فما كان يسيرا كذهاب الظفر والانملة في وخش الرقيق فال ذلك ليس مما يثبت الخيار للمبتاع وانما له الرد ولا شيء عليه من النقص أو الامساك ولا شيء له من قيمة العيب ووجه ذلك ان البائع متهم بالتدليس ولذلك وجب الرد عليه بالعيب بما كان من الامور اليسيرة التي لا يسلم من مثلها وما كان معتادا متكررا فلا عوض له فيها حدث منها وذلك بمنزلة بقاء المبيع على هيئته وكذلك السكى والرمد والصداع والحجى لانها أمور معتادة يسرع البرء منها هذا مذهب ابن القاسم وخالفه أشهب في الوعل والحجى فقال يثبت الخيار للمبتاع * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندي ان ابن القاسم انما أراد الحجى الخفيفة التي يرجى سرعة برئها دون ما أضعف منها ومنع التصرف فان ذلك مما يعظم قدره ويندر فلا يرد المشتري الآن برده بقيمة ما نقص من المبيع وقد روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه ان اشترى عبدا فخرض عنده ثم اطلع على اباق لم يردّه حتى يصح أو يموت فان مات رجع بمباين القيمتين وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يردّه ما لم يكن مرضا غوفا فعلى هذه الرواية الامراض ثلاثة خفيف لا يثبت الخيار به ومتوسط يثبت الخيار به ومرض غوفا فعلى هذه الرواية أعلم وأحكم (مسئلة) فان أصابته موضة أو جائفة أو منقلة فبرئت فليس بفوت ولا يثبت الخيار للمبتاع لانه قد عاد الى هيئته قال ابن المواز ولو أخذ ذلك عقلا لم يردّه المبتاع مع العبد بخلاف قطع اليد وقد روى محمد بن صدقة عن مالك في المدينة انه يردّه ولا يرد عقل الموضة لان الموضة لا تنقب

العبد ولو كان ما أصيب به العبد جرحا يعيب ربه لم يكن له رده إلا بما أخفى جرحه وقال ابن القاسم وكذلك المنقلة والجائفة والمأمومة عقلا لمن أخذه إلا أن يتبين فإن شاء رده وما أخذ من عقله قال عيسى بن دينار إن شأنه فهو بالخيار إن شاء رده وما نقصه الشين لسبب العقل الذي أخذ وإن شاء أمسكه ويرجع بقيمة العيب وإن لم يشنه وإن شاء رده وكان له ما أخذ من عقل الجرح وإن شاء أمسكه ولا شيء له من قيمة العيب (مسئلة) وإن كان النقص في البدن كثيرا كالعمور والعمى والشلل وقطع الأصبع من الوخش والامثلة من الرائحة وقطع اليد فإن ذلك يثبت الخيار للبتاع بين أن يمسك المبيع ويرجع بقيمة القديم أو يرد المبيع وما نقص العيب الحادث ويرجع بجميع الثمن وهذا حكم الافتراض والولادة لأن هذا كله نقص من غير المبيع مؤثر في ثمنه تأثرا كثيرا (مسئلة) واختلف أصحابنا في هزال الرقيق والدواب وسمها فروى ابن حبيب أن مالكا لا يثبت الخيار بسمن الرقيق والدواب ولا بهزال الرقيق ولا بسمه وشبه بهزال الدواب وابن القاسم لا يثبت بهزال الرقيق ويثبت بهزال الدواب وسمها واختار ابن حبيب أن ذلك كله يثبت الخيار ورواه عن يرضى من شيوخه وهي رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة في الدواب وهذا مبني على أن النقص الكثير والزيادة في البدن تثبت الخيار دون النقص اليسير وأما صلاح البدن ما لم يكن سهنا ينافي خلافه أنه لا يثبت الخيار لأنه زيادة في الجسم خاصة وانما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتقادهم في نقص كثير القيمة (فرع) إذا قلنا أن الخيار يثبت بذلك فإنه يكون مخيرا بين أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب أو يرد عليه قيمة ما حدث عنده من النقص وما يثبت به الخيار في هذا من الزيادة فإنه مخير بين أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب أو يرد ولا شيء له من الزيادة ورواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة (مسئلة) وإن كان النقص من غير جنس المبيع مثل أن يكون للعبد مال من رقيق أو غيرهم يشترطه المبتاع فتذهب أو يكون على الغنم أصواف فتذهب قبل الجز أو مع النخل ثم يفتلف قبل الجذ فإنه لا يثبت الخيار للبتاع في مال العبيد وانما يكون له أن يرد العبد بما بقي من ماله ولا غرم عليه فيما ملك أو يرضى به ولا يرجع بشيء من قيمة العبيد ورواه عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة وعيسى بن دينار عن ابن القاسم

(فصل) وأما الضرب الثاني من المعاني الموجبة للخيار بالزيادة في المبيع فلا يخلو أن تكون الزيادة في المبيع زيادة القيمة دون الجسم أو زيادة في عين المبيع فأما الزيادة في القيمة دون العين كالزيادة في النفاذ والمعرفة والفصاحة فهذا لا يثبت الخيار للبتاع وأما الزيادة في عين المبيع فإنها على قسمين أحدهما أن يكون نماء فيه والثاني أن يكون معنى مضافا فإن كان نماء فيه كالدابة المهزولة تسمن فقد قال أصبغ عن مالك في ذلك روايتان أحدهما في الخيار والثانية اثباته وحكى عن ابن القاسم اثباته إذا كان سمنا يينا وجه اثباته أنه تغير في البدن فوجب أن يثبت الخيار به كالهزال البين ووجه نفيه أنه نماء من نفس المبيع ليس للبتاع المشاركة فيه فلم يثبت له الخيار كالتفاد والمعرفة (مسئلة) وإن كانت الزيادة بمعنى يضاف إلى المبيع فلا يخلو أن يكون نماء خارجا منه أو صفة ثابتة فيه فإن كان نماء خارجا منه فعلى وجهين أحدهما أن يكون من جنس المبيع كالولد والثاني أن يكون من غير جنسه كثمرة الشجر وصوف الغنم وألبانها وغلة العبيد والرباع فأما الولد فلم أر لأصحابنا فيه لصاعليا غير ما روى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن ابتاع شاة حاملا فوضعت عنده فأكل سخلتها ثم وجد عيبا قديما فإن له أن يرجع بقيمة العيب أو يرد الشاة وما نقص من ثمنها يوم

ابتاعها لانها كانت ترجى لولدها فظاهر هذا انه انما أوجب ذلك الولادة ولم يوجب له ذلك عدم ولدها
واتلاف المبتاع له لانه لو كان كذلك لرد قيمته فقدر روى عيسى عن ابن القاسم انما يرد لها بقيمة
ولدها وانما نصوا على انه ليس له ان أراد الرد أن يمسك الولد ويحتمل عندي أن يتخرج فيه
القولان في السمن وهو أظهر لانه نماء منفصل ولا يمكن مع ذلك امساكه (مسئلة) وان كان من
غير الجنس كالتمر والصوف والبن فلا خلاف على المذهب انه لا يثبت له الخيار وانما له أن يرد أو
يمسك ولا يرجع بقيمة عيب وقال أبو حنيفة ان ذلك فوت وليس للبائع الا قدر العيب والدليل
على ما نقوله ان هذا نماء لو حدث قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب فاذا حدث بعده لم يمنع الرد بالعيب
كالعيب والعمل (مسئلة) وان كان صنعة ثابتة فيه كالصنع والخياطة والقصارة والرقم في
الثوب مما لا يمكن فصله من المبيع الا فساد فان ذلك يثبت فيه الخيار

(الباب الثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد فيمن يثبت له الخيار)

وذلك ان معنى الخيار المذكور أن يكون للبائع أن يمسك المبيع المعيب ويرجع بقيمة العيب القديم
أو يرد على البائع ويرد معه قيمة العيب الحادث عنده فان أراد الامساك فانه تقوم السلعة تقويمين
أحدهما أن تقوم سليمة من العيب يوم البيع ثم تقوم معيبة فيرجع بقدر ما بين القيتين من الثمن
وذلك أن قيمته سليمة عشرة دنانير وتكون قيمتها بالعيب القديم ثمانية دنانير فيعلم أن قيمة العيب
خمس القيمة التي قوم بها صححها فيرجع عليه بخمس الثمن الذي اشتراه به وان أراد الرد فأى القيتين
المتقدمتين لا بد منه فاذا تقدمت جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلا ثم يقومها ثالثة بالعيب
القديم والحديث فيرد من ثمن المبيع المعيب بقدر ذلك وذلك أن يقال في مسئلتنا ان قيمته بالعيبين
سنة دنانير فيعلم أن العيب الحادث عند المشتري ينقص من قيمة المبيع بعينه ربع ومثل ذلك يجب
أن يرجع من ثمنه فان كان اشترى المبيع بخمسة عشر دينارا فأراد امساكه أخذ من البائع خمس
الثمن الذي هو خمسة عشر دينارا وذلك ثلاثة دنانير وعلمنا أن الباقي وذلك اثناعشر دينارا وهي
أربعة أخماس الثمن هو ثمن المبيع معيبا بالعيب القديم فاذا أراد أن يرد قيمة العيب الحادث عنده
فقد علمنا انه ربع قيمة العيب معيبا مع العيب القديم بخمسة دنانير وذلك ثلاثة دنانير لان العيب
الذي حدث عنده انما كان معيبا بالعيب القديم فيلزمه أن يرد قيمة ما تلف من المبيع معيبا بالعيب
وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم في المدونة وغيرها (مسئلة) فان قال البائع أنا أقبض المبيع ولا
أرجع بقيمة العيب الحادث وقال المبتاع بل امسك وارجع بقيمة العيب القديم فقد روى سحنون
عن ابن القاسم ذلك للبائع الاول الا أن يقول المبتاع أنا أنسكه ولا أرجع بقيمة العيب القديم فيكون
ذلك له وقال عيسى بن دينار ليس ذلك له والخيار للبائع وهو أظهر من قول المدنيين وجه رواية
سحنون ان البائع لما أسقط عن المبتاع قيمة العيب الحادث كان بمنزلة ما لم يحدث فيه عيب فلم يكن
للمبتاع الامساك والرجوع بقيمة العيب ووجه قول عيسى بن دينار ان حدوث العيب بالمبيع
يثبت الخيار للبائع وان لم يجب به على المبتاع غرم كما لو ثبت تدليس البائع بعيب الرد وقد حدث
عند المشتري بسببه عيب آخر وكما لو كان التغير بالزيادة (مسئلة) وأما التغير الموجب للخيار
بزيادة في المبيع كالصنع ونحوه فانه يأتي ذكره في الأقضية ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالتغير الحادث عند المشتري على ضربين زيادة ونقصان فأما الزيادة فان
حكمها واحد في التدليس وغيره وأما النقصان فلا يخالف أن يحدث بسبب العيب المدلس به أو باذن

البائع أو يحدث بغير هذين الوجهين فأما ما يحدث بسبب العيب مثل أن يدلس بمرض فيموت منه أو يدلس بسرقة فتقطع يده فيموت أو يدلس بحمل فقوت منه فهذا يرجع بجميع الثمن على البائع لأنه تعدي بكتمان عيب قد علمه فكل ذلك سببا لهلاك المبيع فلزمه ضمانه لما كان هلاكا من سببه (مسئلة) فان دلس بلباق فأبقى لم يختلف أصحابنا ان على البائع رد جميع الثمن الا محمد بن دينار فان ابن حبيب ذكر عنه انه قال اذا هلك بلباقه فان للبائع قيمة عيب الالباق خاصة الا أن يلجئه الهرب في عطب كالنهر يقتحمه أو يتردى من جبل فهلك بذلك أو يتوارى في موضع فتنهش حية فهذا رد البائع فيه جميع الثمن فاما أن يمرض في اباقة فيموت أو يجهل أمره فلا يرجع عليه الا بقيمة العيب وجه قول مالك والجمهور انه هلك بعيب دلس به البائع فكان عليه جميع الثمن كما لو دلس بمرض فمات منه ووجه قول ابن دينار ان ما اعترضه من مرض أو غيره ليس من جملة الالباق فلا ضمان عليه وأما ما يحدث باذن البائع فسيأتي ذكره في الأفضية ارشاه الله تعالى

(فصل) ثم نرجع الى الأصل ونقول قوله فان مات العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه فينظر كم ثمنه الى آخر الفصل يقتضى أن الرجوع بقيمة العيب انما يكون اذا كان العيب باقيا الى وقت الفوات فأما ان زال العيب قبل فوات العبد بالعق والموت أو غير ذلك فلا رجوع للبائع على البائع بقيمة العيب لانه لو كان العبد باقيا وقدر زال عنه العيب لم يكن له رد بعيب قد زال فكذلك لا يكون له أن يرجع بقيمة بعد فوات المبيع (مسئلة) والعيوب في ذلك على ضربين عيوب اذا ذهبت لم ينش عاقبتها كالبياض في العين والمرض والوليد يموت والجرح يبرأ على غير شين فان أخذه عقلا فهذا لا خلاف انه بمنزلة الصحيح الذي لم يكن به شين وان مات أو عتق بعد زوال هذه المعاني فلا يرجع على البائع بشئ وان كان العبد قائما لم يكن له رد بعد ذهاب هذه المعاني وبالله التوفيق ومنها عيوب يتبقى عاقبتها ويتبقى عاديتها أو عودتها فأما ماتت عاديتها كالسرقة والالباق قال أشهب عن مالك في الصبي يأبى في الكتاب ثم يبلغ ويكبر لا يبيعه حتى يبين لان عادته تبقى وأما الجارية تبول في الفراش ثم انقطع عنها ذلك قال ابن القاسم هو عيب وقال أشهب ان انقطع انقطاعا بينا كالسنين الكثيرة فليس بعيب وان كان أمر ايسير فهو عيب ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب في ذلك واحدا اذا انقطع ذلك عنها العشرة الاعوام ونحوها على أنهما قد اختلفا في الجنون كاختلافهما في هذا وأمر الجنون أشد وأما الزوج للامة والزوجة للعبد يموتان أو يفترقان قال ابن القاسم وابن كنانة في المدينة ليس بعيب وقال مالك من رواية أشهب عنه هو عيب وجه ما قاله ابن القاسم ان العيب قد ذهب بالفرقة أو الموت كالبياض يكون بالعين وجه رواية أشهب ان من اعتاد ذلك منهما دعا اليه وطلبه وذلك بفسد حاله ومؤثر في خدمته وقال الشيخ أبو بكر انما ذلك لان الناس أرغوا في من لم يكن لها زوج قط (مسئلة) وأما ما يتبقى عودته من الجنون والجدام والبرص فقال ابن القاسم في الجنون هو عيب لانه تكثر رجعه وقال أشهب اذا برى حتى أمنت عودته فليس بعيب

(فصل) وقوله وانما تكون القيمة يوم اشترى العبد يريد في الرد والامساك لانه اذا زاد فعليه قبة الجزء الذي تلف عنده يوم الشراء الا أنه في ذلك ضمنه وان أراد القسك فعليه أن يرجع بقيمة عيب التدليس لان الجزء الذي دلس بنقصه انما دفع قيمة الثمن على قيمة قدره من المبيع ذلك اليوم فاما الرجوع بقدره ذلك اليوم من الثمن الذي دفع في الجملة ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليدة من عيب جده بها وقد أصابها أنها ان كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وان

• قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من رد وليدة من عيب جده بها وكان قد أصابها أنها ان كانت بكرا فعليه ما نقص من ثمنها وان

كانت ثيبا فليس عليه في اصابته ايا شئ لانه كان ضامنا لها * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا
فمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة من أهل الميراث أو غيرهم فقد برى من كل عيب فيما باع الا
أن يكون علم في ذلك عيبا فكتمه فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا
عليه * ش وهذا كما قال ان من أصاب وليدة وجد بها عيبا فانها ان كانت بكرا فأذهب عذرتها
فان عليه ما نقصها ان أراد ردّها بالعيب وكانت ممن ينفقها الافتراض لان وخش الزقيق لا ينقصه
وربما زاد ذلك فيهن وان كانت ثيبا ردّها ولا شئ عليه لو طئه اياها وقد تقدم ذلك كله وليس عليه
رد مهر في بكر ولا ثيب وروى القاضي أبو محمد عن ابن أبي ليلى وروى عن شريح أنه أوجب في ذلك
مهر الرديء والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور ان هذا وط، صادق في ملكها فلم يوجب مهرها
أصل ذلك اذا فاقته ص * قال مالك في الجارية تباع بالجاريتين ثم وجد باحدى الجاريتين
عيبا ترد منه قال تقام الجارية التي كانت قديمة الجاريتين فينظر كم ثمنها ثم تقام الجاريتان بغير العيب
الذي وجد باحدهما تقامان صحيحتين سالمتين ثم يقسم ثمن الجارية التي بيعت بالجاريتين عليهما بقدر
ثمنهما حتى يقع على كل واحدة منهما حصتها من ذلك على المرتبة بقدر ارتفاعها وعلى الأخرى بقدرها
ثم ينظر الى التي بها العيب فيرد بقدر التي وقع عليها من تلك الحصة ان كانت كثيرة أو قليلة وانما
تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما * ش وهذا كما قال وذلك ان من ابتاع جارية بجاريتين
ثم وجد مبتاع الجاريتين باحدهما عيبا فانه تقوم الجارية التي كانت ثمن الجاريتين فينظر كم ثمنها
يريد قيمتها وانما يحتاج الى ذلك ليتوصل بذلك الى معرفة ما يعيب كل واحدة من الجاريتين من
الثن في يبعه المتقدم وهي قيمة الجارية المنفردة

(فصل) وقوله ثم تقام الجاريتان بغير العيب الذي وجد باحدهما سالمين منه لانهما انما كانتا ثمن
للجارية الواحدة التي تقدم تقويمها وهما السلمان لانه على ذلك اشتراهما بائع الجارية وانما تقوم كل
واحدة منهما مفردة ليعلم قيمة كل واحدة منهما فبذلك يتوصل الى ما يريد ثم يجمع القيمتان ثم يعلم
كم مبلغ قيمة كل واحدة من الجاريتين من قيمتهما فان كانت قيمة التي بها العيب ثلث الجلية وقيمة
الأخرى الثلثين ردّها ورجع بقدرها وبيان ذلك انه لا يخلو أن تكون الجارية التي هي من ثمن
الجاريتين باقية على حالها لم تمت أو تكون قد فانت بزيادة أو نقصان أو اختلاف أسواق فان كانت
قائمة لم تمت نظر الى الجارية التي وجد بها العيب فان كانت أفضل الجاريتين رد الجاريتين وأخذ
جاريته وان كانت أدون الجاريتين رد المعيبة بما يصيبها من قيمة الجارية المفردة بيسد مبتاعها وهذا
معنى ما في المدونة من ذلك وروى اسماعيل القاضي عن ابن الماجشون ان الذي وجد العيب
لا يرجع في عين ما باع وان وجد العيب بجميع ما أخذ والذي أعطى لم يفت وانما يرجع بقيمته وان
تساوت الجاريتان في المدونة عن ابن القاسم في العبدین المتكافئين يصيب المبتاع بأحد هما عيبا
أو يستحق فانه يرده ويأخذ ما يصيبه من الثمن وقاله غير ابن القاسم في العبدین والشاتين وقتل الخل
(مسألة) وار فانت الجارية بزيادة أو نقصان لم فيها البيع وكان التراجع في قيمتها على حسب
ما قدمناه الا أنه ينظر المعيبة من الجاريتين فان كانت الارفع ردّها ورجع بجميع الجارية المفردة
وان كانت المعيبة هي الادون ردّها مفردة ورجع بقيمتها مع قيمة الجارية المفردة ولزمه البيع في
الجارية الثانية التي هي أرفع الجاريتين (مسألة) فان كانت الجارية المفردة لم تمت ولا تغيرت
في بدنّها وانما تغيرت في أسواقها بزيادة أو نقصان فقد قال ابن القاسم ان ذلك فوت يمنع الرجوع

في عينها كتغير البدن

(فصل) وانما تكون قيمة الجارية بتين عليه يوم قبضهما يريديوم خروج الجارية المفردة وان كانت السالمة هي الرائعة من عهدة المواضعة لانه حينئذ يصح قبضه للجاري تين ان لم يثبت فيها حكم المواضعة وان ثبت فيها حكم المواضعة في يخرجان منها وانما قال في هذه المسئلة يوم القبض بخلاف ما تقدم قبله في مسئلة العبد والوليدة من التفوي يوم البيع لانه ينا في مسئلة العبد والوليدة على أنه ليست فيهما مواضعة والكلام في هذه المسئلة على رقيق فيهم المواضعة أو عهدة الثلاث فاما تلزمه القيمة بعد ذلك ونحن نحتاج أن نبين حكم المواضعة وما يتعلق بها وفيها ستة أبواب * الباب الأول في تبين معنى المواضعة ولزومها * والباب الثاني في محلها من العقود عليه * والباب الثالث في محل المواضعة من العقود * والباب الرابع في محل المواضعة من العقود عليه * والباب الخامس في تبين حكم الحوادث * والباب السادس في بيان ما يخرج به المواضعة (الباب الأول في بيان معنى المواضعة ولزومها)

قال أحمد بن المعدل في المبسوط المواضعة أن توضع الجارية اذا بيعت على يدها امرأة معدلة حتى تحيض حيضة فان هي حاضت كمل البيع وان لم تحض وظهر بها حمل فسخ البيع (مسئلة) وحكم المواضعة ثابت في الرقيق في كل بند قال أشهب في العتبية والواضحة أرى أن يحمل الناس على المواضعة قال ابن عبدوس لما يتقي فيها من الحل (الباب الثاني في تبين محلها من العائدين)

وذلك أن البائع للجارية سواء كان مالكا أو غيره من سلطان أو وكيل أو وصى لا بد من المواضعة لما ذكرناه (مسئلة) ومن باع شقص جارية ففي المبسوط عن مالك عليه المواضعة قال ابن القاسم في المدونة وكذلك لو أقال منه وجه ذلك انه يجب عليه تسليم ذلك الجزء الذي باعه سالما من الحل (مسئلة) والمسافر الحاج وغيره اذا باع الجارية فعليه المواضعة رواه ابن المواز عن مالك قال وكذلك أهل منى قال وكذلك المجتاز والمرأة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) واذا كان البائع قد غاب عن الأمة وهو ممن يطأ مثله فلا خلاف على المذهب في وجوب المواضعة فان كان لم يغيب على الأمة وفي حكم من لم يغيب عليها مثل أن يقبل من جارية أو من على مواضعتها أو وضعت على يدي غيره فان أقال منها أو ولاها قبل أن يغيب عليها وقبل أن تنقضي مواضعتها فلا مواضعة فيها لان البائع في مثل هذا كان ضامنا لها ومتى رجعت اليه في مدة ضمانه لها فلا مواضعة على المشتري فيها وكذلك لو باعها المشتري من بائعها أو من غيره بربح فلا مواضعة عليه ولا استبراء على المشتري لانها على يدي عدل تعلم به براءتها ولم يغيب عليها بعد البراءة من لم يؤمن عليها وكذلك من باع جارية ممن هي على يده وديعة بعد ان حاضت عند المودع عنده (مسئلة) فان غاب عنها غير من وضعت عنده للاستبراء وكان البائع لها ممن لا يطأ مثله كالصبي الصغير والمرأة فالظاهر من المذهب وجوب المواضعة لا يجوز منها حمل لا يلحق بزواج ولا زنى ظاهر فلم يدخل المتاع عليه وهو ممن ينقص معظم الثمن وأما الزانية المشهورة بذلك أو ذات الزوج فلا ينقص من ثمنها الا اليسير فلا مواضعة فيها

(الباب الثالث في محل المواضعة من العقود)

حكم المواضعة ثابت في البيع بالنقد أو في الثمن المؤجل وأما في ابتياع الأمة من دين على الأمة فلا يجوز أن يثبت فيها حكم مواضعة وان كانت من الاماء اللاقي لا يجوز بيعهن الا بالمواضعة لا يجوز ذلك

فيها وبطل العقد لما يدخله من فسخ الدين في دين قاله ابن القاسم ووجه ذلك ان المبتاع كان له على
البائع دين فنقله في جارية لم يتجزئ نقل الدين الى عينها لابقى فيها من حكم المواضعة التي لا يكمل البيع
وتبرأ به ذمة البائع الا بكاملها فلم تبرأ ذمة البائع من دين ولا بقيت مشغولة به على حسب ما كانت قبل
البيع لانها قبل البيع كانت مشغولة بدين محض وحبس معلوم وبعد البيع صارت مترددة بعد
البراءة من الدين ان سلمت الجارية في المواضعة والاشتغال به ان لم تسلم وهذا معنى فسخ الدين في
الدين ان لا تبرأ الذمة من الدين الأول ولا تبقى مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل الفسخ
ويتخرج على قول أشهب جواز ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان البيع بيع براءة فقد
قال ابن القاسم حكم المواضعة ثابت فيها لا يسقط بالبراءة قال ابن المواز وقال مالك في العتية ولو بيعت
بيع ميراث فلا بد من المواضعة وقال ابن المواز باعها سلطان أو غيره ووجه ذلك ان البراءة من الجمل
لا تجوز لاسيما مع اقرار البائع بالوطء والمواضعة انما هي لمعنى ما يحدث من الجمل فلا بد من ثبوتها والله
أعلم وأحكم (مسئلة) وان شرط في بيع جوارى المواضعة أن لا مواضعة بينهما فانه على وجهين
أحدهما أن لا يشترط البراءة من جمل ان كان بها والثاني أن يشترط ذلك فان لم يشترط البراءة من
جمل فان ظهر بها بطل الشرط وثبت عقد البيع وثبت حكم المواضعة به قال ابن القاسم في المدونة
وغيرها وهو قول جماعة أصحابنا غير الشيخ أبي بكر فانه قال في المختصر الكبير ان البيع يفسد بذلك
وهو مبنى على قول أصحابنا في صحة العقد وفساده في نقل الضمان المختلف في محله عن عرفه وقد قدمنا
ذكره (فرع) فاذا قلنا باطل الشرط وصحة العقد فقد قال ابن حبيب يخرج من يد المشتري
ويجري فيها حكم المواضعة فان لم ترفع أمرها حتى ماتت في المدونة ان كان ذلك في مدة المواضعة فهي
من البائع وان ماتت بعد ذلك فهي من المبتاع وحكى القاضي أبو اسحق في مبسوطه عن مالك ان
ماتت في عهدة الثلاث فهي من البائع وان ماتت بعدها في مدة الاستبراء فهي من المشتري وجه
الرواية الأولى لما بطل الشرط في ترك المواضعة ثبت حكمها وكانت عند المشتري بمنزلة أن يؤتمن على
استبرائها ووجه الرواية الثانية انه لما شرط ابطال المواضعة لم يبطل ذلك الا بحكم حاكم فاذا ماتت
قبل ذلك كانت بمنزلة وخش الرقيق الذي لا مواضعة فيه (فرع) فاذا قلنا بمراجعة مدة الاستبراء
فكم قدرها قال ابن المواز الشهر ونحوه ولم يفصل وقال ابن حبيب ان كانت أيام حيضها معروفة
فقد رها وان لم تكن معروفة فأغلب أحوال النساء وهو الشهر قال وهو في الموت خاصة وأما ان جاءها
بعد شهرين أو ثلاثة يرددها بعيب تأخير الحيض أو بعيب حدونه وزعم انها لم تحض صدق (مسئلة)
وأما النكاح بالأمة الرائعة التي تحيض فحكم المواضعة (مسئلة) فأما الاقالة فان حكم المواضعة ثابت
فيها اذا حدثت الاقالة بعد انقضاء المواضعة من البيع لان الاقالة يبيع حادث يلزم البائع الثاني فيها من
ضمان الجارية في مدتها ما لزم البائع الأول في مدة المواضعة الأولى ويتق من ظهور جملها ما اتقى من
ظهوره في الأولى (مسئلة) وأما الرد بالعيب فان كان قبل انقضاء المواضعة من البيع فقد قال ابن
انه لا مواضعة فيه لانها باقية على ضمان الاول وان كان بعد انقضاء المواضعة من البيع فقد قال ابن
القاسم فيه المواضعة للبائع على المشتري الذي يرد بالعيب وقال أشهب لا مواضعة فيه وجه ما قاله
ابن القاسم ان هذه أربعة يلزم فيها المواضعة بانتقال الملك بالمعاوضة كما لو بيعت ووجه ما قاله أشهب ان
هذا انقض بيع وليس ببيع مبتدأ ولا عقد وهذا الحكم يختص بالعقود دون فسخها

(الباب الرابع في محل المواضعة من المعقود عليه)

ان المواضعة ثابتة في الرائعة من الاماء التي مثلها يوطأ وليست بظاهرة الحمل ولا معرضة لحمل يقبها في البيع كذات الزوج والمجاهرة بالزنا وأخصر من هذه العبارة انها ثابتة في الجارية التي ينقص الحمل من ثمنها الكثير فان الصغيرة لا يصح فيها الحمل وذات الزوج والمشهورة بالزنا لا ينقص الحمل من ثمنها الكثير وأما وخش الرقيق قال ابن القاسم عن مالك في المبسوط من الزنج وما أشبههن فلا يلزم فيه ذلك واحتج لذلك بان الرائعة ينقص الحمل معظم ثمنها والوخش لا ينقص ثمنها هل نقص فينقص منه اليسير والغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره (فرع) قال مالك وما كانت بثمن خسين أو ستين فهي من المرتفعات وهذا انما هو بحسب اختلاف الأوقات وانما ينظر في ذلك الى ما جرت العادة أن يتخذ مثلها للوطء فهي الرائعة التي يثبت فيها حكم المواضعة واذا كانت ممن لم تجر العادة باتخاذها لذلك وانما تغفل للاستخدام فهي من الوخش ولا يثبت فيها حكم المواضعة (مسألة) واذا كانت الأمة المبسعة ذات زوج أو معتقة من طلاق فلا مواضعة فيها قال أحمد بن المعذل في المبسوط لانها لم تشتر للوطء فلا يثبت فيها حكم المواضعة وهذا معنى صحيح لان الوخش لم يثبت فيها حكم المواضعة لما لم يكن المقصود منها الوطء (مسألة) وان كانت حاملا لظاهرة الحمل ففي المدونة من قول مالك لا مواضعة فيها ووجه ذلك أن المواضعة انما هي خوف الحمل وتوقعه فاذا كان حملها ظاهرا فهو بمنزلة العلم بالعيب فلا يصح الرد به ولا التزامه به (فرع) فان اشترى جارية ظاهرة الحمل على ما تقدم في ذلك من نفي المواضعة ثم انفس الحمل وظهر انها حامل فانها لا ترجع الى حكم المواضعة قاله ابن القاسم في المدونة واحتج لذلك بان البائع أن يقول بعثك حاملا ولا أدري ما حدث بعد ذلك وله أن يقول بعثك ما جاز لي فيه الانتقاد وقد انتقدت (مسألة) وأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا مواضعة فيها لانها ممن لا يتقى عليها الحمل فلا تجب فيها مواضعة لان موضوع المواضعة لما يتقى من الحمل عليها فان كانت توطأ ولا يحمل مثلها فقد قال ابن القاسم فيها المواضعة وقال مطرف وابن الماجشون لا مواضعة فيها وجه قول ابن القاسم ان من يصح وطؤها لا يكاد أن يتميز وقت تجويز الحمل عليها فاحتيط لذلك كما احتيط بالعدة من الوفاة في حق الصغيرة التي لا تحمل لما لم يتميز ذلك ووجه قول مطرف وابن الماجشون انه اذا اتفق على أنها لا تحمل فلا معنى للمواضعة والله أعلم

(الباب الخامس في حكم الأمة في مدة المواضعة وان ضمانها من البائع)

ويلزم البائع نفقتها وجيع مؤنتها والسنة في ذلك أن توضع على يده امرأة وقال أشهر في كتاب ابن المواز تكون امرأة عدلة ووجه ذلك أن المرأة يقبل قولها في حيزتها ويمكنها النظر اليها وان وضعت على يد رجل أجزأ ذلك اذا كان له عيال ينظرون اليها (مسألة) ومالحق الأمة في مدة المواضعة من موت أو نقص جسم فهو من البائع وللبيع في الموت امساك الثمن وارتجاعه ان كان أخرجه من يده وفي النقص خيار الرد بالعيد أو الامساك وأما ما كان من غير جسدها كالزنا والسرقة فجهور أنها بائنة على أنه الرد بذلك وحكى ابن حبيب عن أصبغ لا يرد هابه وجه قول الجمهور ان هذا لو كان أقدم من أمد التبايع لرد به فاذا حدثت في مدة المواضعة كان له الرد به كنقص الجسم ووجه قول أصبغ ان مثل هذا يمنع البائع بيعها لانها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا في مدة المواضعة فترد عليه وما كان بهذه الصفة وجب أن يمنع منه (مسألة) وما حدث لها من مال بهبة أو وصية أو عطية فهو للبائع ان كان لم يستثن منه مالها لان

كل من لزمه ضمانه كان له ما ثبت من مال وأما ما حدث لها من ولد فقد قال ابن القاسم هو للبتاع وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس المبيع فأشبه الثمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل في مدة المواضعة فكان للبائع كنهاء المال (مسئلة) ومن اشترى جارية رائعة بالمواضعة فيها ورضى بالحل بعد صحة العقد فقال ابن القاسم له ذلك وإن أباه البائع وقال سحنون ليس له ذلك وجه قول ابن القاسم ان كل عيب يجوز للبتاع الرضا به بعد ظهوره فانه يجوز له الرضا به قبل ظهوره واسقاط المطالبة كسائر العيوب ووجه قول سحنون ما احتج به من أن المبتاع انما أسقط ما وجب له من الضمان على البائع لتعجيل الخدمة

(الباب السادس في بيان ما تنتقض به المواضعة)

المواضعة تكون بأحد شيئين بحيض أو شهور فأما الحيض فالذي يجزى منه حيضة واحدة لان بها تحصل غلبة الظن ببراءة الرحم وليس يتعلق بهامعنى من العباداة ولا حرمة الحرية فلذلك لم يكرر الحيض فيها تكرره في العدة فان كان الابتاع بعد ابتداء الحيضة فان كان في أول الدم وعظم الحيضة أجزأ ذلك من المواضعة فان كان الابتاع في آخر الحيضة وبعد ان ذهب معظم الدم لم تقع به البراءة واستؤنفت بعد المواضعة ووجه ما احتج به ابن القاسم من أن الرحم في ذلك الوقت لا يقبل المنى بل يقذف بالدم وآخر الحيض يقبل المنى فلذلك افترقا (فرع) وكما مقدار ما تقع به البراءة من الحيضة الباقية قال ابن المواز ان بقي منه مقدار ما يعرف انه حيضة أجزأه ويحتمل قوله هذا امرين أحدهما انه ان بقي منه مقدار أقل الحيض أجزأه ولذلك قال في آخره وان كان انما بقي منه اليوم واليومان لم يجزه والثاني ان كان في وقت يرى ان الرحم يرى الدم ولا يقبل المنى فهو براءة فان كان غير ذلك فاما هي مدة يسيرة لاستقصاء بقايا الدم وذهاب أمره فليس براءة (مسئلة) وان كانت الحيضة بعد الابتاع فلا يخالو أن تأتي على المعهود أو تتأخر عنه فان أتت على المعهود فانه تتم المواضعة وان كانت بعد التبايع بلحظة لانتاقد قلنا انه اذا كالتبايع في أول الحيضة ان المواضعة تتم بتلك الحيضة فبان تتم اذا كان جميع المواضعة بعد الحيض أولى (مسئلة) فان كانت من تحيض فارتفعت حيضتها فاختلف أصحابنا فيها فروى ابن وهب أن براءتها لتسعة أشهر لا تنقص من ذلك وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا ان براءتها لثلاثة أشهر الا أن ترتب فقيم تمام تسعة أشهر ولم يبرأ الا أن يظهر بها حمل ووجه رواية ابن وهب أن ارتفاع الحيض رتبة فوجب أن تربص له مدة الحمل وهي تسعة أشهر وأصل ذلك ارتفاع حيض المطلقة ووجه رواية ابن القاسم أن ارتفاع الحيض بمجرد ليس برتبة لانه قد يرتفع بمرض ورضاع وغير ذلك فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحيفة (مسئلة) وهذا فبين كانت عاداتها أن يتكرر حيضها قبل الثلاثة أشهر فأما من كانت حيضتها تبطن عنها أكثر من ذلك فلا يخالو أن تكون عاداتها أقل من تسعة أشهر أو أكثر منها فان كانت عاداتها أقل من تسعة أشهر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ان ثلاثة أشهر تبرئها وروى عنه يحيى لا يبرئها الا الحيض والارفعت الى ثلاثة أشهر ان استبرئت ووجه رواية عيسى بن دينار ان من كانت لا تحيض في ثلاثة أشهر فان ثلاثة أشهر تبرئها كالتى لا تحيض الا في أكثر من تسعة أشهر لان الأشهر الثلاثة براءة لكل من لا رتبة لها ووجه رواية يحيى ان من كانت عاداتها في الحيض أكثر من ثلاثة أشهر ودون التسعة فان الثلاثة لا تبرئها لان هذه حالها التي لا تبرى قط في الحمل وغيره فلا يستدل بها على براءتها (مسئلة) فان كانت عاداتها أكثر من تسعة أشهر فلا خلاف على المذهب نعلمه ان ثلاثة أشهر تبرئها

الاما قال ابن حبيب ان من تحيض لأكثر من ثلاثة فانه لا يرثها الا الحيضة ولم يفصل وجه قول الجمهور ان من تأخرت حيضتها أكثر من تسعة أشهر فان تأخرها ليس بريبة ولا يفيد وضعها الى تسعة أشهر الا ما يفيد وضعها الى ثلاثة أشهر فلامعنى للاضرار بالمبتاعين ووجه رواية ابن حبيب ان من تحيض لا يرثها الا الحيض المعتاد الا ان تأخر عن عاداتها فتنتقل الى الأشهر كما لو حاضت لشهر (فصل) اذا ثبت الاستبراء والمواضعة تقع بانقضاء مدة المواضعة وذلك بظهور الحيض فان باول الدم قد خرجت عن ضمان البائع وسقطت سائر أحكام المواضعة وتقرر ملك المشتري عليها وهل يحل له الاستمتاع بها ولا قال ابن القاسم في المدونة له ذلك لاول ما تدخل في الدم ويحكى على قول أشهب في كتاب ارجاء السطور انه يستحب له أن يؤخر ذلك حتى يعلم ان ما رآه من الدم حيضة (فصل) وأما المواضعة بالأشهر ففي من لا تحيض لعله أو لياس فاما من لا تحيض لعله وريبة فقد تقدم ذكرها وأما من لا تحيض لياس فهذه مواضعها ثلاثة أشهر وبه قال سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة والشافعي يجزئ من ذلك شهر واحد وقال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم شهر ونصف وقيل شهران والدليل على صحة ما ذهبنا اليه ان المبدل لا يختلف وان اختلفت مقادير مبدلاته مع اتفاق معانيها كالتيم لا يختلف مقداره باختلاف مقدار الوضوء والغسل لما كان معناهما واحدا والله أعلم

(فصل) اذا ثبت ما ذكرنا من تفسير أحكام المواضعة فان قوله وانما تكون قبة الجاريتين عليه يوم قبضه ما فان من باع جارية بجاريتين لا يخلو أن تكون الثلاث الجوارى من أعلى الرقيق أو وخسه فان كن من أعلى الرقيق ثبت حكم المواضعة في جميعهن ثم ينظر في الجاريتين اللتين هما عوض الجارية الواحدة فلا بد ان تكونا مستويتين أو احداهما أرفع من الاخرى فان هلكت المنفردة أو الرفيعة من الاثنين في المواضعة انتقض البيع كله لان الهالكه منهما من ضمان البائع فرجع العوض الى صاحبه وما أصاب الرفيعة من الثنتين فالدنية تتبع لها وان هلكت الدنية من الثنتين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ينتقض البيع كله أيضا وروى هو وعيسى عن ابن القاسم أن الدنية من بائعها يرجع بقدر قيمتها من قيمتها وقبة التي معها في قبة المنفردة لضرورة الشركة واختاره محمد ووجه الرواية الاولى ان هلاك الجارية قبل ابرام البيع في عوضها يوجب نقض العقد كله دون مراعاة سير ما هلك منه بخلاف ما وجد به العيب بعد ابرام العقد فانه لا يتعدى نقض السير منه الى غيره ووجه الرواية الثانية ان امتناع التسليم في سير المبيع لا يوجب نقض البيع في جميعه اذا لم يحدث نقصا في غيره كالاستحقاق (مسئلة) وان كانتا متساويتين فان تبايعا بجاريتين توافعاهما (مسئلة) وان تبايعا جاريتين فتوافعاهما فحاضت احداهما قبل الأخرى فقد روى ابن القاسم ان التي حاضت توقفت كالثلث الموضوع وروى عبد الملك عن مالك في المبسوط يقبضها بها وتبقى الأخرى على حكم المواضعة ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من انها كالثلث الموضوع لا يجوز لبئاعها أن يقبضها حتى يسلم عوضها من المواضعة وذلك مبني على ان الرجوع في عينها لم يسلم عوضها ووجه رواية عبد الملك ما قاله ان هذه قد كل فيها البيع فان سلم العوض تم البيع فيهما وان عرض لهما مانع مضى الاولى بقيمتها وكانت تجارة بجارية استحققت احداهما أو ردت بعيب وقتلتمت مشتريها قال عبد الملك ولو حدث بها الحادث قبل أن تحيض واحدة منهما فسخ البيع لان احداهما لم تضمن بالقبة

(فصل) ثم نرجع الى شرح المسئلة قوله ثم ينظر الى التي بها البيع وترد بقدر التي وقع عليها من تلك الحبيضة ان كانت كثيرة أو قليلة اختار بصفة التراجع في الجملة ولم يبين الحبيضة ان كانت في العين أو غيرها وقد قدمنا ذلك وبيانه وبالله تعالى التوفيق ص **قال مالك في الرجل يشتري العبد فيؤاخره بالاجارة العظيمة أو القليلة** ثم يوجد به عيب يرد منه انه يرد بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذي كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبد أفنى له دارا قيمة بنائها من العبد أضعافا ثم يوجد به عيب يرد منه رده ولا يحتسب للعبد اجارة فيما عمل له وكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا **ش** وهذا كما قال ان الغلة للبتاع وله الرد بالعيب دونها والرجوع بجميع الثمن وذلك ان ما يحدث في عين المبيع على ضربين ظاهر حين العقد وغير ظاهر فالظاهر كقصة نخلة مأبورة والصوف الكامل على ظهور الغنم ففي رد مثل هذا مع العيب المردود بالعيب اختلاف بين أصحابنا **قال ابن القاسم** يرد وقال أشهب لا يرد بشئ من ذلك وهو للبتاع اذا انفصل عنه قبل الرد بالعيب ووجه قول ابن القاسم ان للفرة على هذه الحال وللصرف حصته من الثمن لانه لو استحق شئ من ذلك كان للبتاع الرجوع بقدر ذلك من الثمن نص عليه محمد بن مسامة ووجه قول أشهب ان هذه غلة انفصلت من المبيع قبل الرد بالعيب فلم ترد معه كاللبن في ضرر وع الغنم يوم البيع **قال ابن المواز** ولم يختلف أشهب وابن القاسم فيما كان من اللبن في ضرر وع الغنم عند البيع لانه لا يرد معها (فرع) واذا قلنا بقول ابن القاسم فان للبتاع اذا رد الثمرة أجز السقي والغلاج ووجه ذلك انه لما وجب عليه رد الثمرة كان له أجز العمل الذي يختص بها وانما يكون له عندي من العمل أجز ما لو رد الثمرة لم يعمله لانهم لم يذكروا في مسئلة الغنم الرجوع بالعمل ونحن نعلم ان المرعى والسقي عليهما تأثيرا فها ولا يرجع من ذلك كله بشئ وانما يرجع بالجز عندي ولم أر في شئ من ذلك نصا لأصحابنا (فرع) فان كانت الثمرة والصوف حاضرين فقد ذكرنا في منذهب ابن القاسم انه يرد معها فان تلفا قبل الجز فلا ضمان عليه عند ابن القاسم لأن المبتاع يقبضهما وكذلك مال العبد قبل الانتزاع وان تلف بعد الجذ والجز والانتزاع فعلى المبتاع رد ذلك ان عرف قدر همارد مثلها بالكيل والوزن والاغرم قيمتهما ولا يجوز أن تتركه عنده بمحضهما من الثمن وان كانت أكثر قيمة من المبيع لأنه لا يجوز افراد الثمرة قبل بدو الصلاح بالبيع ولا صوف الغنم قبل الجز بشرط التبقية ولو أبقى ذلك عنده بما يصيبه من الثمن لكان افراده بالبيع (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فمات تكون الثمرة أو الصوف للبتاع الظاهر من المذهب ان يكون ذلك بالجد والجز وهو الذي يتطرق في أثناء كلامه لأن بذلك يتم قبضه وانفصاله من المبيع (مسئلة) فان كان الثمن غير ظاهر حين العقد فانه لا يتناول أن يكون عينا أو منفعة فان كان عينا فانه على ضربين أحدهما أن يكون من جنس المبيع والثاني أن يكون من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فانه يرد من ذلك مع الاما كان من الحيوان وقال الشافعي لا يرد شئ من ذلك مع الام والدليل على ما نقوله ان هذا انما من جنس المبيع فلم يجز اسما كما مع رد المبيع بالعيب كالسمن (فرع) فان كان ذلك حاضرا رده مع المبيع وان كان أكثره رده قيمته وان باع رده ثمنه واه ابن المواز عن ابن القاسم وروى عيسى عن ابن القاسم في الذي يبيع الشاة حاملا فتلد عند المبتاع ويأكل سفلتها انه بالخيار بين أن يرد هاهنا قيمة الولد أو يمسكها ويأخذ قيمة العيب قال وجه ذلك ان قيمة الولد بما كانت أكثر من قيمة العيب وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة ان المشتري بالخيار بين أن يرد هاهنا ناقصتها الولادة لأنها كانت ترجى

* قال مالك في الرجل يشتري العبد فيؤاخره بالاجارة العظيمة أو القليلة ثم يجد به عيبا يرد منه انه يرد بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الأمر الذي كانت عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو أن رجلا ابتاع عبد أفنى له دارا قيمة بنائها من العبد أضعافا ثم وجد به عيبا يرد منه رده ولا يحتسب للعبد اجارة فيما عمل له فاعمل له فكذلك تكون له اجارته اذا آجره من غيره لانه ضامن له وهذا الأمر عندنا

بومثلولدها أو يمسكها ويأخذ بقية العيب ووجه رواية ابن المواز انه نساء من جنس المبيع المعيب فوجب أن يتبعه بازربالعيب كالسمن ولا يقتضي هذا القول ان حدوث الولد لا يثبت للبتاع الخيار في الامساك والرجوع بقية العيب ووجه قول ابن القاسم في المدنية ان هذا نساء من جنس المبيع فوجب أن يرد له أو يمسك ما اشتراه معيبا فاذا اعتد بذلك النماء ثمننا كان له أن يرد ذلك الثمن مع المعيب أو يمسك المعيب ولا شيء له كما كان له ذلك حال وجود ذلك له فهذا الخيار انما يعود الى الامساك والرد فقط وهذا الخيار الذي ثبت له بوجود العيب وان لم تتعين العين المبيعة ووجه قول ابن كنانة ان الولد من جنس العين كالسمن فيثبت به الخيار ولا يجب أن يرد قيمته كالأمر بقيمة السمن اذا ذهب ولكن لما دخل الام النقص بالولادة ثبت له الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ويرد ما نقصتها الولادة فجعل التأثير للولادة لا للولد (مسئلة) وان كان من غير الجنس كالغرة التي لم تنوثر حين العقد والصوف الذي يثبت بعد العقد فلا خلاف على المذهب انه لا يرد من ذلك شيء مع الاصل وقال زفر يرد جميع ذلك وجه ما قلنا انه نساء من غير جنس المبيع فلم يرد بعد الانفصال كأجرة العمل (فرع) ومتى يكون للبتاع حكي ابن المواز انه يبدو والصالح يكون للبتاع ويرد الاصل دونها وان رد الاصل قبل بدو الصالح فهي مع الاصل للبائع وللبتاع ما أنفق ووجه ذلك انها تابعة للاصل ما لم يبدو صلاحها فاذا بدا صلاحها فقد ثبت لها حكم الانفصال فهي لمن ظهرت على ملكه وهذا عند مني على أن الرد بالعيب نقض للبيع الاول وأما على قول من قال انه نقض للبيع من الاصل فيجب أن يكون للبائع حتى يجده (مسئلة) وأما مال العبد فما كان يوم البيع رده سيده وكذلك ما وهب له عند المتبائع أو تصدق به عليه أو ربحه في ماله وأما ما وهب اياه المتبائع أو أفاد من عمل سيده أو ربحه في مال دفعه اياه المتبائع فان للبتاع امساك ذلك كله ووجه ذلك أن ما كان استفاد من جهة المتبائع فهو متبائع وما صار اليه من غير جهته فهو مضاف الى ماله الذي كان بيده من جهة المتبائع لأن عمله بالضمان ص ✽ قال مالك الأمر عندنا فحين ابتاع رقيقا في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبدا مسروقاً أو وجد بعد منهم عيباً أنه ينظر فيما وجد مسروقاً أو وجد به عيباً فان كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثر ثمناً أو من أجله اشترى وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردوداً كله قال وان كان الذي وجد مسروقاً أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقاً بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق ✽ ش ان من اشترى رقيقاً جلة فاستحق واحد منهم أو وجد به عيب فان كان الذي به العيب له معظم الثمن رد بالعيب جميع الجلة وان لم يكن كذلك رده وحده بما يصيبه من الثمن وكذلك في الاستحقاق إلا أن العيب الذي فيه هل يعتبر لنفسه خاصة أو بجميع الجلة روى ابن المواز عن أشهب ان كان ذلك العيب ينقص الجلة كان له رد ذلك الرأس وحده بالعيب وان كان لا ينقص الجلة لم يرد به العيب وان كان ينقص أصبعاً خاصة واستحسنه ابن المواز ووجه ذلك انه لم يرد بالعيب في نفسه خاصة وانما يبيع مع الجلة فلا يجوز أن يعتبر العيب به وحده كالعضو (مسئلة) وان استحق بعض الجلة فلا بد أن يكون المستحق جزءاً شائعاً وغير شائع فان استحق جزءاً فلا يخلو أن تنقسم الجلة على ذلك الجزء أو لا تنقسم فان انقسمت الجلة على ذلك الجزء كالمكيل والموزون والمعدود فهو على حسب ما قدمناه من العيب يوجد بالقليل من الجلة أو

* قال مالك الأمر عندنا فحين ابتاع رقيقاً في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبداً مسروقاً أو وجد بعد منهم عيباً أنه ينظر فيما وجد مسروقاً أو وجد به عيباً فان كان هو وجد ذلك الرقيق أو أكثر ثمناً أو من أجله اشترى وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس كان ذلك البيع مردوداً كله وان كان ذلك الذي وجد مسروقاً أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقاً بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق

معظمها في التخيير ان كان ذلك الجزء معظم الجمله كان للبتاع في الاستحقاق امساك الباقي بما يصيبه من الثمن أو رده والرجوع بجميع الثمن وان كان الجزء أقل من الثمن الجمله أو اليسير منها لزمه الباقي بما يصيبه (مسئله) وان كان الجزء المستحق لا تنقسم عليه الجمله فهو مخير بين أن يمسك الباقي بما يصيبه من الثمن أو يرده فلذلك أو أكثر لأنه يدخل عليه مضرة الشركة في أحداث تلك الجمله

(فصل) فان استحق جزء غير شائع فلا بد أن يكون مما الغرض في مبلغه دون اعيانه كالملكيل والموزون والمعدود أو يكون مما الغرض في اعيانه كالتياب والحيوان فان كان مما الغرض في سلعته فلا يخلو أن يكون ذلك المستحق منه مقدار نصفه أو أقل أو أكثر فان كان أكثر من النصف كان له رد الباقي على ما قدمناه وان كان أقل من النصف لزمه الباقي بحصته من الثمن وان كان النصفان سواء فهل يكون له الرد أم لا قال ابن القاسم له الرد وقال أشهب يلزمه النصف الثاني بنصف الثمن وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مما لا غرض في اعيانه وانما الغرض في مبلغه وانما اشترى بجملته فاذا استحق النصف فقد ذهب المقصود منه فثبت له الرد ووجه ما قاله أشهب أن استحقاق نصف المبيع يلزم به النصف الثاني كالعبدین المتكافئين (مسئله) فان كان مما الغرض في عينه فلا اعتبار بقيمته دون عينه فان استحق بعض أحداث الجمله فلا يخلو أن يكون ما استحق منه النصف أو أكثر أو أقل فان كان استحق ما قيمته النصف فقد قال ابن القاسم في العبدین المتساويين يحدد المبتاع بأحد هاهنا عيبا رده وأخذ ما يصيبه من الثمن وكذلك الاستحقاق وهو قول أشهب ويلزمه الباقي بنصف الثمن وكذلك ان استحق ما قيمته أقل من النصف فعلى قول ابن القاسم لا يلزمه السلم من هذا النوع حتى تكون قيمته أكثر من النصف ويلزمه في الملكيل والموزون اذا كانت قيمته النصف (مسئله) فان استحق ما قيمته أكثر من النصف فهل يرد الجميع المشهور من المذهب أن له رد الجميع وقال أشهب فيمن اشترى عشر شياه فوجد تسعة أن الواحدة تلزمه بما ينوبها من الثمن فان لم تكن قيمتها تخالف قيم غيرها فهو خلاف المذهب ولعله قد تعلق ذلك بأن ضرورة الشركة منتفية عنها (فرع) فاذا قلنا رد الباقي فهل له الخيار بين الامساك والرد أم لا قال ابن القاسم وأشهب ليس له أخذ الباقي بما يلزمه من الثمن لانه الآن ابتاع بثمن مجهول لان ما يصيبه من الثمن مجهول وقال ابن حبيب له ذلك في الاستحقاق والعيب اذا تراضى المتبايعان لان العقد قد كمل على صحة ومعرفة بالثمن فلا اعتبار بجعلهما بائنا عند الحكم كما لو استحق النصف أو أقل من النصف قال وهذا بخلاف من ابتاع جارين فهلكت العليافي المواضع فانه ليس له أخذ الا دون ما يصيبها من الثمن لان البيع لم يكن كليا فيها وهذا الذي قاله ابن حبيب ظاهر ولا بن القاسم وأشهب مسائل تقتضيه لانه لا خلاف في المذهب ان من ابتاع جارية فحدث بها عنده عيب مفسد ثم اطلع على عيب قديم انه بالخيار بين أن يمسكها ويسقط عنه قدر العيب من ثمن الجارية وبين أن يردها وقيمة العيب الحادث عنده فاذا اختار الامساك فقد أمسكها بثمن مجهول ولم يمنع ذلك صحة العقد (مسئله) وسواء قبلت الجمله بثمن واحد أو قبل كل عين منها بثمن مسمى فانه ينظر الى قيمتها ولا يعتبر بتلك التسمية لان التسمية حين العقد لا تناسخ فيما يزيد في الثمن بعضها وينقصه من سائرهما وما حين الرد بالعيب فيجب أن يتعبر في قيمتها (مسئله) وحكم هذه المسائل كلها في الرد بالعيب على حسب ما ذكرناه في الاستحقاق الا أن يجدي بعض الجمله عيبا والمبيع مما الغرض في معيبيه فان أراد أن يأخذ المبتاع السلم بحصة من الثمن لم يكن له ذلك الا برضا البائع فان شاء البائع أن يلزمه ذلك وأبى هو لزمه اذا كان المعيب قليلا ولم يلزمه اذا كان كثيرا وان

كان الغرض في أعيان المبيع وكان العيب بأقله فان للبائع أخذ السليم بحصته من الثمن وان كره ذلك البائع ووجه ذلك ان المكيل والموزون الغرض في مبلغه فيحمل سالمه معيبه في أخذ السليم دون المعيب اضراراً بالبائع وما كان الغرض في أعيانه كالرقيق والثياب فانه لا يقصد منه الكثير ولا يراد منه الاعيان فلا مضرة عليه في اقراره السليم بما يصيبه من الثمن

✽ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ✽

ص ✽ مالك عن ابن شهاب ان عبيداً لله بن عتبة بن مسعود أخبره ان عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن الذي تبعتها به فسال عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقر بها وفيها شرط لا حد ✽ ش ظاهر قوله وشرطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن يقتضي ان ذلك كان في نفس العقد على وجه الشرط ولم يكن على وجه التطوع منه بعد كمال العقد وهذا يسميه العلماء الثنيا ويسمون البيع المنعقد بهذا الشرط بيع الثنيا وهو بيع فاسد مع النقد لان الثنيا في البيع لا تخلو أن تكون غير مؤقتة أو مؤقتة فان كانت غير مؤقتة مثل أن يقول له المتباع متى جئت بالثمن رددت عليك المبيع أو يقول له متى أردت بيعها رددتها عليك بالثمن الذي أعطى بها أو بالثمن الذي اشتريتها به فهذا كله غير جائز والأصل في ذلك ما روى أبو الزبير عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحافلة والمخاربة والمزانية ورخص في العرايا ومن جهة المعنى ان البائع يقبض الثمن من المتباع على وجه البيع ثم يردّه اليه متى شاء فيكون تارة مبيعاً وتارة سلفاً لعل ابن القاسم بهذا وعلل سحنون بأنه سلف يجز منفعة وذلك انه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع وقد يعترض على التعليلين ان في البيع والسلف يميز السلف من الثمن وذلك لعدم في مسئلتنا ولو قال يكون تارة مبيعاً وتارة سلفاً لكان أقرب ولعل ابن القاسم قد أراد ذلك وما قاله سحنون انه سلف جز منفعة فيه نظر أيضاً لان السلف يرد على كل حال وهذا للبائع أن لا يرجع فلا يكون سلفاً وله أن يرجع فيكون سلفاً والفرق بين التعليلين ان البيع والسلف من اشتراط السلف أن يتركه ويجوز البيع قبل الغيب على السلف ولما لم يجوز ذلك سحنون في هذه المسئلة منع أن يكون يباعاً وسلفاً وقال هو سلف يجز منفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان هذا في الاقالة وذلك أن يسئل المتباع البائع أن يقيه له فيقول البائع أقبلك على أنك ان أردت بيعه فأنا أولى به بالثمن فيقيه له على ذلك ثم يبيعه المتباع روى أشهب عن مالك ان المقيّل أحق بالثمن الذي يباعه به المقال ولا تنفسخ الاولى وجه ذلك ان الاقالة باب من المعروف يخالف البيع الذي هو مبني على المكائسة والمغابنة ولو شرط اذا أقاله أن يكون له بالثمن الاول فروى سحنون عن ابن القاسم انه ان علم به انتقال البيع فبيعه مردود وان لم يكن كذلك وطال فبيع المستقيل نافذ كالذي سأل زوجته وضع صداقها فقالت أخاف الطلاق فقال لأفعل فوضعت ثم طلقها فان كان بقرب ذلك فلها الرجوع وان كان بعد طول الزمان بما لا يهتم فيه أن يكون خدعها فلا رجوع لها ✽ قال القاضي أبو الوالد رضي الله عنه وجه هذا عندى أن المسئلة مبنية عنده على أن الاقالة فسخ وليست بعقد بيع ولذلك احتج عليها بالطلاق الذي ليس بتمليك وانما هو ازالة ملك فلا يؤثر فيه ما لا يصح من الشروط وعلى قولنا بأن الاقالة بيع من البيوع يفسد ههما بفسد البيوع ويصحها ما يصح البيوع وعلى حسب ما قاله ابن القاسم في غير موضع يجب أن لا تصح الاقالة

✽ ما يفعل بالوليدة اذا بيعت والشرط فيها ✽
✽ حدثني يحيى أن مالك عن ابن شهاب أن عبيد الله بن عتبة بن مسعود أخبره أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه انك ان بيعتها فهي لي بالثمن الذي تبعتها به فسال عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب لا تقر بها وفيها شرط لأحد

ويفسدها هذا الشرط لانه يمنع المقل من صحة ملك انتقل اليه بالاقالة (مسئلة) وأما اذا ضرب الى ذلك أجل أو نقده الثمن فقال ان جئتنى الى أجل كذا وكذا فقولك رد عليك فهذا أيضا لا يجوز ويدخله ما يدخل غير المؤجل من البيع والسلف فان نقده الثمن فقال ان لم تأت به الى وقت كذا وكذا فقد وجب البيع فجاءه بعد ذلك البائع ثبت البيع وقال ابن القاسم صار البيع جائزا وقد كان حراما وقال محمد وكذا اذا رضى المشتري وقد فسخنا الأول ولعله رآه من بيع الشروط التي ان ترك الشرط مشترطه مضى البيع لقول ابن القاسم قد كان البيع حراما يدل على فساد العقد الاول لأن نقده ثمناعلى أنه ان رد المبيع كان سلفا وان أمضاه كان بيعا ثم تأول ابن المواز اجازته له بعد ذلك واحتمل عنده وجهين أحدهما أن يكون هذا الشرط يجوز أن يسقط من شرطه ليصح العقد كالسلف والبيع وهذا لا يصح إلا بأن لا يغاب على الثمن حتى يسقط عند ابن القاسم والوجه الثاني أن يكون قد فسخنا العقد الأول وسند كركمه بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما ان تطوع المبتاع بعد كمال العقد وملكه للبيع فقال أصبغ اذا سلمنا من مدهنة أو موعدة فذلك جائز ضرر بالذلك أجلا ولم يضر به الا في الاماء لما يحذر فيه من اعادة الفرج فان أطلق ذلك أو ضرب له أجلا بعيد لم يصح ولم يلزم هذا الشرط الا أن يدرك ذلك المشروط بحرارة الأمر لعله يريد عند قوله ذلك وقبل أن يغيب عليها ويمكنه وطؤها فان ضرر بالذلك أجلا أقرب من مدة خروجها من الاستبراء فذلك لازم لانه قد سلم مما خفناه ويجب أن يلحق بذلك من لا يجوز للبتاع وطؤه من ذوات محارمه من الاماء (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يخالفنا تطوع فيه بالثنيان من أن يضرب له أجلا أولا يضرب له أجلا فان ضرب له أجلا فليس له أن يحدث فيه شيئا يقطع به ذلك الى منتهى الأجل وان لم يضرب لذلك أجلا فمن جعل له ذلك القيام بالثنيان متى كانت في ملك الذي جعلها له وان خرجت عن ملكه سقط ذلك ووجه ذلك ان الثنيان اتماه على وجه المعروف والاطلاق في ذلك لا يتعذر ولا يجوز أن يمنع المالك من التصرف التام فاذا ألهاه عنده كان له ثنيان وان خرج عن ملكه لم يكن له ابطال تصرفه فيه بالبيع أو الهبة

(فصل) وسؤال ابن مسعود عمر بن الخطاب رضى الله عنهما عن هذه القضية وهو من أهل العلم والاجتهاد يحتمل معاني احداها أن يكون خفي عليه حكمها وأراد أن يقلده فيها على رأى من رأى أن للعالم أن يقلد من هو أعلم منه ويحتمل أن يكون أراد أن يبين له وجهها حتى يعلم عبد الله بن مسعود حكمها بالدليل الذي يرشده اليه ويحتمل أن يسأله عن ذلك مع معرفته بحكمها ليعلم موافقته له فيها أو مخالفتها

(فصل) وقول عمر لا تقر بها وفيها شرط لأحد قال أبو مصعب في المبسوط معنى ذلك لا تتبعها وفيها شرط لأحد ومعنى ذلك لا تشتريها بهذا الشرط وهذا يقتضى منعه من هذا الاتباع لفساده ورواه عن مالك ويحتمل عندي أن يريد به لا تقر بها في الوطء مع بقاء هذا الشرط فيها ويكون حكم العقد في الفساد والصحة مسكوتا عنه ص **مالك** عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يقول لا يوطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء **ش** قوله رضى الله عنه لا يوطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها منع من وطئها الا مع هذه الشروط وهذا يقتضى أن كل بيع لا يشبه هذه الشروط فاسد لان ملك اليمين يبيع الوطء ان لم يمنع من ذلك مانع بحرمة أو غيرها فان لم يبع ذلك بوجه لم يكن ملكا تاما ووجه فساد العقد ان ما يشترط

* وحدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لا يوطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء وهبها وان شاء أمسكها وان شاء صنع بها ما شاء

البائع على المشتري في البيع على ضربين أحدهما لا يقع إلا بعد انقضاء ملك المبتاع للبتاع كبيع العبد والأمة واشترط الولاء قبل هذا الشرط لا يثبت ولا يفسد العقد لانه قد سلم فيه الملك من حق البائع فلم يؤثر فساد في البيع وشرط عليه مالا يملكه المبتاع فلا يثبت الشرط (مسئلة) والثاني أن يشترط عليه في البيع ما يقع في مدة ملك المبتاع للبتاع وذلك على ثلاثة أضرب أحدها أن يشترط البائع في المبيع منفعة لنفسه والثاني أن يشترط على المبتاع إيقاع معنى في المبيع والثالث أن يشترط عليه منعاً من تصرف عام أو خاص فأما إذا اشترط منفعة في المبيع فمثل أن يبيع داراً ويشترط سكناها أو دابة ويشترط ركوبها أو غلاماً ويشترط خدمته أو ثوباً ويشترط لبسه وسياً أن ذكره ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الضرب الثاني وهو أن يشترط المبتاع إيقاع معنى في المبيع فعلي وجهين أحدهما أن يشترط إيقاع معنى من معاني البر والثاني أن يشترط ما ليس براً فأما الأول فمثل أن يشترط عليه في العبد العتق أو التدبير أو في الأمة الاستيلاء فان ذلك ينقسم على قسمين أحدهما أن يشترط عليه من ذلك ما يتعجل مقصوده كالعتق المعجل والقسم الثاني أن يشترط عليه ما يتأجل مقصوده كالاستيلاء والتدبير والعتق المؤجل والكتابة فاما اشتراط العتق المعجل وما يتعجل مقصوده باثر العقد فهو جائز لبعده عن الغرر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع الرقيق بشرط العتق والدليل على ما نقوله ان هذا بيع يجب به العتق فلم يمنع ذلك صحة البيع كبيع الأبى من أبيه (مسئلة) فاذا ثبت ذلك فان أراد المبتاع التمسك بالعبد وامتنع من انفاذ العتق فاختلف أصحابنا في ذلك فقال أشهب يجبر على العتق وقاله ابن كنانة في المدينة وزاد ولورضى البائع بذلك لم يكن له ذلك ولم ينتفع بقول البائع في هذا ويعتق عليه قال ابن القاسم ان كان اشتراه على إيجاب العتق فهو حر وان كان اشتراه من غير إيجاب عتق لم يجبر على عتقه وجه ما قاله أشهب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا قد عوقد على العتق فهو مأثور بان يفي به ومن جهة المعنى أن هذا شرط جائز لاشتراطه البائع في المبيع فلم يكن للبتاع نقضه كالمو شرط فيه استخدام يوم أو يومين ووجه قول ابن القاسم ان العتق ليس بحق للبائع فليس له الخيار على ابتداء إيقاعه كالمو شرط ذلك (فرع) والإيجاب عند ابن القاسم أن يقول ان اشتريته منك حر وان لم يقل ذلك وانما شرط أن يستأنف عتقه بعد كمال ملكه فليس بإيجاب فاذا قلنا في ذلك برواية ابن القاسم فان شح البائع فوجد العبد لم يفت كان بالخيار بين أن يفضيه للبتاع دون شرط وبين أن ينقض البيع وقد تقدم من قول ابن كنانة ليس للبائع ترك العتق وان كان قد فات فله الرجوع عليه بما وضع له من الثمن بسبب الشرط * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى هذا عندى أن يقوم بهذا الشرط ويقوم دونه ويرجع من الثمن بما بين القيمتين وبما ذكر يفوت هذا العبد قال ابن القاسم تفيته حواله الأسواق بما زاد وقال أصبغ لاتفيته حواله الأسواق ولا التغير اليسير في البدن (مسئلة) وأما ما يتأجل مقصوده كالتمديد والوصية بعتقه والكتابة فان الشرط يبطل ويبطل العقد ما لم يفت ووجه ذلك انه أجل المقصود من المستثنى في العبد الى أجل بعيد فوجب أن يبطل البيع كالمو شرط أن يستخدمه يوماً بعد عام

(فصل) وأما ان شرط على المبتاع إيقاع ما ليس به مثل أن يشترط عليه بيعها أو آخر وجبها الى بلد معين أو يشترط عليه المنع من التصرف فيها مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعها ولا يهبها ولا يتصدق بها ولا يشتري أو لا يستخدم خدمة معينة فهذا كله لا يجوز فان وقع فقد روى محمد عن مالك يبطل

البيع الا أن يترك المشتري ما شرط و روى ابن نافع عن مالك ليس له اسقاط الشرط و يفسخ
 العقد ما لم يفت و روى داود بن جعفر عن مالك في المدنية لا يجوز ذلك في شيء من السلع لما يحدث
 في ذلك من الدين والحاجة تنزل بالمبتاع و وجه ذلك ما قدمناه فلذلك كان عبد الله بن عمر يقول
 لا يبطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها وان شاء أمسكها وان شاء وهبها لانه اذا لم يكن له التصرف
 فيها بذلك كله فلكه عليها غير صحيح فلا يجعل له وطؤها بملك اليمين الا انه اذا لم يمتد القيمة فيها بالقوات
 جاز له وطؤها حينئذ لانه قد تقرر ملكه عليها فان وطئها قبل أن تفوت عنده ويصح ملكه عليها كان
 ذلك فوتا للبيع الفاسد على ما سنده كره بعد هذا ان شاء الله (مسئلة) ومن ابتاع جارية فقال له
 أبو الجارية ابتعها وأنا أعينك في ثمنها بكذا وكذا دينارا على أن تحبسها ولا تباعها فأخذ ذلك من أبيها
 ثم ابتاعها على هذا الشرط قال البيهقي قد سلم مما يكرهه وان أراد أن يبيعها رد على أبيها ما أخذ منه
 قاله ابن كنانة في المدنية و روى عيسى عن ابن القاسم ص قال مالك فممن اشترى جارية على
 شرط أن لا يبيعها ولا يهبها أو ما أشبه ذلك من الشروط فانه لا ينبغي للشري أن يبطأها وذلك انه
 لا يجوز له أن يبيعها ولا أن يهبها فان كان لا يملك منها ذلك فلم يملكها ملكا تاما لانه قد استثنى عليه
 فيها ما ملكه بيد غيره فاذا دخل هذا الشرط لم يصلح وكان بيعا مكروها **ش** وهذا كما قال ان
 من ابتاع جارية على شرط من هذه الشروط فان ملكه لم يتم فيها والبيع مقتضاه الملك التام فاذا
 شرط عليه فيه ما يمنعه صحة الملك وحب أن يفسده كاشتراط عدم التسليم ولا يلزم على هذا العتق فان
 العتق اذا كان معجلا لم يكن له الوطء وان كان مؤجلا لم يجز العقد وقد تقدم بسط القول في ذلك
 كله (مسئلة) وهذا ان شرط أن لا يبيعها جلة وأما ان شرط أن لا يبيعها ولا يهب ولا يعتق حتى
 يعطيه الثمن فقد روى داود عن مالك في المدنية أن ذلك جاز في العبد والوليدة وسائر السلع وله أن
 يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدي عدل و روى ابن المواز عن مالك
 جواز ذلك في السلع وقال محمد وهذا في مثل الأجل القصير اليوم واليومين استحسان أيضا وأما
 ما طال أو إلى غير أجل فلا خيره و روى ابن أبي زئنين عن علي بن زياد عن مالك لأبأس بذلك في
 العبد والأمة والوليدة وسائر السلع اذا كان الثمن إلى أجل معلوم لانه بمنزلة الرهن وقال ابن القاسم
 في الموازية اذا اشترط في شيء من السلع أن لا يبيع ولا يهب حتى يقبض الثمن فلا خيره في هذا البيع
 وجه قول مالك ما احتج به من أن لها حكم الرهن اذا جاز له أن يرتهن غير المبيع جاز أن يرتهن المبيع
 مع أن المبتاع قادر على التصرف فيها بان يقضى الثمن ووجه آخر أن هذا بيع فجاز للبائع أن يمنع
 المبتاع من المبيع حتى يدفع اليه الثمن كبيع النقد ووجه قول ابن القاسم انه شرط يمنع المبتاع
 من التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب أن يمنع ذلك
 صحة البيع كالمو شرط ذلك بعد الانتفاء (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فقد روى داود بن دينار
 عن مالك أن للبيع حكم الرهن للبائع أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على
 يدي عدل وان قلنا بقول ابن القاسم ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فممن شرط
 ذلك في بيع سفينة يفسخ البيع ما لم يفت فان فات مضى البيع ولم يرد
 (فصل) وقوله لا يجوز له أن يبيعها ولا يهبها يحتمل أن يكون مبنيا على أن البيع الصحيح
 لا يفت البيع الفاسد ويحتمل أن يريد أن الشرط يمنع من ذلك فهو ممنوع الا انه ان أوقعه فان
 به البيع كوطء الأمة

* قال مالك فممن اشترى
 جارية على شرط أن لا
 يبيعها ولا يهبها أو ما أشبه
 ذلك من الشروط فانه
 لا ينبغي للشري أن
 يبطأها وذلك انه لا يجوز له
 أن يبيعها ولا أن يهبها فان
 كان لا يملك ذلك منها فلم
 يملكها ملكا تاما لانه قد
 استثنى عليه فيها ما ملكه
 بيد غيره فاذا دخل هذا
 الشرط لم يصلح وكان بيعا
 مكروها

﴿ النہی عن أن یطأ الرجل ولیدة ولہازوج ﴾

ص ﴿ مالک عن ابن شہاب أن عبد اللہ بن عمر أهدى لعثمان بن عفان جاریة ولہازوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لا أقر بہا حتی یفارقہازوجہا فأرضی ابن عمر زوجہا ففارقہا ﴿ ش قوله أن عثمان رضی اللہ عنہ قال لا أقر بہا حتی یفارقہازوجہا یرید أن استباحة الوطء بالنکاح مقدم علی استباحة بملک الیمین لان الوطء مقصود النکاح ومقتضاه ولذلك لا یجوز أن ینعقد علی من لا یتباح وطؤها وليس كذلك ملک الیمین فان الوطء مقصوده ولذلك یجوز أن یملک من لا یحل لہ وطؤها ولذلك من كانت لہ أمة لہازوج لم یحل لہ وطؤها لان الزوج املک باستباحة بعضہا فخرمت علی السید

(فصل) وقوله ابتاعها بالبصرة ظاہرہ أنه انما ابتاعها ذات زوج ویحتمل أن تكون ذات زوج حین الہدیة وانما حین البیع لم تکن ذات زوج غیر ان اللفظ فی المعنی الاول أظهر وذلك یقتضی ان یتبع الأمة لا یتكون طلاقا وعلی هذا جاعة الفقہاء الامایرون عن عبد اللہ بن عباس انه قال یبع الأمة طلاق

(فصل) وقوله فأرضی ابن عمر زوجہا ففارقہا یقتضی ان السید لا یملک ففسخ نكاحہا لان الزوج قد ملک بعضہا وسواء كان السید هو العاقد أو غیرہ وانما أراد ابن عمر بمفارقة الزوج لہا ان یتبیحہا عثمان وذلك لا یتكون الا بعد مفارقة الزوج لہا وانقضاء عدتها منہ فأرضاه بمال أعطاه ایاہ أو غیرہ علی ان فارقہا لان عصمة الزوج لا تزول عنها الا بوفاء أو طلاق أو فسخ وقد كرنا كل نوع من ذلك فی كتاب العدة بما یغنی عن اعادته الا اننا ندكر منہ هنا ما یتعلق بالاستبراء الذی یمیہا للسید وذلك ان عدة الأمة فی وفاة زوجها شهران وخمس لیل تخللها حیضة فان كانت عند السید المتباع لہا من أول العدة أجزأہ ذلك من استبرائها وان اشتراہا فی أثناء العدة فاستبرأ وھا أقصى الأجلن الحیضة أو انقضاء الأيام (فرع) وأما اذا ثبت ذلك وكانت براءتہا فی حقہ الحیض أو بدله لمن تأخر حیضہا علی ماتقدم وذلك لمن ارتفع حیضہا ثلاثة أشهر أو تسعة أشهر علی الروایتین فی ذلك ویعتد بہما من يوم الشراء ویدخل فیہما شهران وخمس لیل (مسئلة) وأما الطلاق فلا یخلو أن یتكون باعہا غیر زوجها أو یتكون باعہا زوجہا فان كان باعہا غیر زوجها وقطلہا الزوج فان كانت بقیت جمیع عدتها وھی حیضتان فلا یتبیحہا الذی اشتراہا حتی تحيضہما لان ذلك حق الزوج وان كانت بقیت حیضة واحدة استباحها السید بوجودہا لان فی ذلك تمام عدة الزوج واستبراء المشتري (مسئلة) فان كان البائع هو الزوج فلا یخلو أن یتكون أصابہا بملک النکاح أولا ولم یصہا فان كان أصابہا بملک النکاح ثم استبرأها ثم باعہا قبل أن یصیہا بملک الیمین فالعدة فیہا من وقت الشراء لان النکاح انفسخ بعقد الشراء وكم عدتها عن مالک فی ذلك روايتان فالمشہور ان عدتها حیضتان وروی عنہ حیضة واحدة والاول أصح لان عقد الملك یؤثر فی عقد النکاح ولا یؤثر فی الاصابة وانما یؤثر فیہ ویزیل حکمہ الاصابة بملک الیمین (فرع) واذا قلنا ان عدتها حیضتان فان كان المشتري من الزوج اشتراہا قبل أن تحيض الحیضتین أو بعد ما حاضت اجداهما فی الحیضة الثانية ما ینقضی بہ استبرأ وھا (مسئلة) فان أصابہا بملک الیمین ثم باعہا فقد بطل حکم النکاح وصار حکمہا حکم الاماء الاستبراء فی حق البائع والمشتري (مسئلة) فالما وضع الحل فانه یکمل بہ الاستبراء وعدة الوفاة

﴿ النہی عن أن یطأ الرجل ولیدة ولہازوج ﴾
* حدثنی یحیی عن مالک عن ابن شہاب أن عبد اللہ بن عمر أهدى لعثمان بن عفان جاریة ولہازوج ابتاعها بالبصرة فقال عثمان لا أقر بہا حتی یفارقہا زوجها فأرضی ابن عمر زوجها ففارقہا

والطلاق لا يترقب شيء عنده لان الاستبراء بالخض والشهور انما هو من أجل توقع الحمل فاذا ظهر
الحمل فلا براءة الا بوضعه فاذا وضعت لم يتوقع غيره لانه قد يتيقن بوضعه البراءة من غيره ص * مالك
عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان عبد الرحمن بن عوف ابتاع وليدة فوجدها
ذات زوج فردها * ش قوله انه وجد الأمة ذات زوج فردها يقتضى أن ذلك عيب فيها وقد تقدم
ذكره وادخل مالك رحمه الله هذا الحديث في هذا الباب بمعنى ان الزوج يمنع السيد من الوطء وهو من
بعض العيوب التي يؤثر فيها الزوج

* ماجاء في ثمر المال ببيع أصله *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا فبدأ برت
فثمرها للبائع الآن يشترط المبتاع نهى البائع والمشتري * ش قوله صلى الله عليه وسلم من باع
نخلا فبدأ برت التأبير في النخل هو التلقيح قال صاحب العين أبرت النخل أو برها أو أبرها أو برتها القحها
وقال الخليل الأبر لقاح النخل يقال أبرها أبر اذا القحها والتلقيح أن يؤخذ طلع ذكر النخل فيعلق
بين طلع الاناث وقال ابن حبيب التأبير أن يشق الطلع عن الثمرة وقال مالك قال الله تعالى وأرسلنا
الرياح لواقح فاذ اتم اللقاح فسقط ماسقط وثبت ما ثبت فحينئذ تكون الثمرة للبائع باطلاق العقد
والتأبير على هذا اصلاحها للقاح فاذا القحت وانعقد النور فيها يمين نور فقد تم اللقاح وثبت حكم التأبير
واذا اشتق طلع قبل ابانه فآخر تأبيره وقد أبر عنه من حاله مثل حاله فحكمه حكم ما أبر (مسئلة)
وما عدا النخل من سائر الأشجار فالتأبير فيه ما قدمنا ذكره وفي التين وما لا من له أن تبرز جميع الثمرة
عن موضعها ظاهرة وتتميز عن أصلها فهذا بمنزلة التأبير فيها لانه حينئذ يظهر ويتبين حاله وكثرته
وقلته والتأبير في النخل التي لا تؤبر أن تبلغ مبلغ الابار في غيرها وأما الزرع فاباره أن يفرك في رواية
ابن القاسم وروى عنه أشهب ان اباره ظهوره من الارض وجهه رواية ابن القاسم ان الثمر هو الجب
فوجب أن يكون اباره بذهاب زهرها وانعقاد حبها ووجه رواية أشهب ان الأصل هو الارض
والذي ينفصل منه هو الزرع فوجب أن ينفصل عنه في البيع بالظهور كالثمره مع الشجر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فثمرها للبائع يريد انها عطلق العقد تكون للبائع وقال ابن أبي
ليلى هي للمشتري والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم فثمرها للبائع الآن يشترطها المبتاع
ومن جهة القياس ان هذا ظاهر متميز فلم يتبع الأصل بمطلق العقد كالجنين بعد الولادة (مسئلة)
اذ ثبت انها للبائع بمطلق العقد فليس للمشتري اجباره على نقل ثمرته قبل أو ان جدادها وبه قال
الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والدليل على ما نقوله ان هذا استحقاق يحدد على أرض فيها زرع
للمستحق عليه فلم يجبر على نقله قبل أو انه كالشفعة (مسئلة) فان أبر بعضه دون بعض فلا يخلو أن
يكونا متساويين أو يكون أحدهما أكثرهما فان كانا متساويين فقد قال مالك ما أبر للبائع وما لم يبر
للمبتاع وقال محمد بن دينار ما أبر تباع ما لم يبر وذلك كله للمبتاع وقال سحنون في العبيثة عن ابن القاسم
يقال للبائع اما ان تسلم جميع الثمرة والافسخ البيع وان رضى المبتاع بالنصف وجه قول مالك ان
النخل مما يمكن تبعيته ونماء كل شيء من ذلك متميز وقد تساوى فلم يكن أحدهما تبعا للآخر فكان
لكل قسم حكم نفسه ووجه القول الثاني ان كان قاله في التميز أن فضل الثمرة ومعرفة تساويهما
أمر بعد فوجب أن يكون ما يجوز استثناءه تبعا لما لا يجوز استثناءه (مسئلة) وهذا اذا أبر بعض

وحدثني عن مالك عن ابن
شهاب عن أبي سلمة بن عبد
الرحمن بن عوف ان عبد
الرحمن بن عوف ابتاع
وليدة فوجدها ذات
زوج فردها

* ماجاء في ثمر المال ببيع
أصله *

* حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من باع
نخلا فبدأ برت فثمرها
للبائع الآن يشترط المبتاع
نهى البائع والمشتري

التخل ويبقى بعضها لم يثمر فاما اذا كانت النخل في حين تأبيرها وكان بعض ثمرتها قد كمل ذلك فيها وبعضها لم يكمل وكان في سائر الثمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر فروى ابن حبيب ان ذلك للبائع وروى ابن المواز ان ذلك لا يجوز الا ان يشترط الثمرة المتباع ووجه رواية ابن حبيب ان هذا معنى ينقل حكم الثمرة في جواز فصلها عن الأصل بالبيع فوجب أن يكون ظهور بعضه كظهور جميعه في ذلك الحكم أصله الازهاء ووجه رواية ابن المواز انه اذا كان المالم يثمر برحمة يخالف حكم ما أبر وكانا متساويين ولم يكن أحدهما تبعاً للآخر لم يجز في ذلك مطلق العقد لانه لا يتميز به حق المتباع من حق البائع ولا يجوز أن يشترط البائع نصيب المتباع لانه لا يجوز أن يشترطه البائع المالم يثمر برحمة يبقى الا أن يشترط نصيب البائع لانه مما يجوز أن يشترط (مسئلة) فان كان أحد الأمرين أكثر فعن مالك في ذلك روايتان احدهما ان القليل تبع للكثير والثانية انه بمنزلة التساوي

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الا أن يشترطها المتباع يريد فلا يكون حينئذ للمتباع بمقتضى الشرط ولا نعلم في جواز ذلك خلافا اذا ابتاعها بغير الطعام والشراب فان ابتاعها بطعام أو شراب فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوز أبرت الثمرة أم لم يثمر بالآن يجدها قبل أن يثمر قال محمد بن مسلمة في المبسوط ان ذلك جائز أبرت أم لم يثمر برحمة يتبدى صلاحها وجه القول الأول ان هذا طعام بطعام غير متجزئ القبض وانما راعى في فساد العقد ما يؤول اليه لا ما هو عليه حين العقد يدل على ذلك أن من اشترى قصباً فحصده قبل أن يصر فيه الحب صح شراؤه وأما ان أبقاه حتى صار حبا فسد فيه البيع وروى فيه المال ولو روى فيه ما كان عليه يوم العقد لصح البيع ولم يفسد لانه لم يكن يوم شراؤه الا قصباً أو عشباً ووجه القول الثاني ما احتج به محمد بن مسلمة ان الطلع بمنزلة جوار النخله المالم يثمر فاذا أبرت فداخل في عموم قوله فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المتباع ولم يفرق بين ابتاعها بطعام أو غيره (مسئلة) وان اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من النخل مثل أن يشترى منه جميع النخل ويشترط نصف ثمرتها فقد قال مالك لا يجوز ذلك في الثمرة ولا في مال العبد وحلية السيف وروى سحنون عن أشهب جوازه في ثمرة النخل ومال العبد وجه قول مالك انه انما يجوز استثناءه على وجه التبعية وأما أن يكون مقصوداً فذلك غير جائز واذا استثنى بعض ذلك علم ان الثمرة مقصودة بالعقد لحقتها المغالبة والمكايسة ووجه قول أشهب ان ما جاز أن يشترط جميعه في العقد جاز أن يشترط بعضه كاصل آخر (مسئلة) فان لم يشترطه في حين العقد ثم أراد أن يلحقه بالعقد فقد اختلف أصحابنا فيه فروى أشهب عن مالك أن ذلك جائز في مال العبد وثمره النخل ورواه عنه ابن القاسم وروى أشهب عنه أيضاً انه لا يجوز فيه ما به قال المنجرومي وابن دينار وأجازة أشهب في الثمرة دون مال العبد ورواه أيضاً عن مالك فاما اجازة ذلك بعد العقد فانه مبني على ان ما بعد العقد يلحق بالعقد وهذه المسئلة جائزة وان قلنا انه لا يلحق بالعقد فيجب أن لا يجوز هذه المسئلة ووجه التفرقة بين مال العبد وثمره الشجرة على رأي أشهب ان مال العبد ينتقل بكامل العقد فيه دون شرط الى حاله لا يجوز استثناءه عليها في أصل العقد لانه ينتقل الى ملك البائع والثمره باقية على الحالة التي كان يجوز اشتراطها للمتباع مع الأصل فلذلك جاز له أن يلحقها بالعقد (مسئلة) فان اشترى الأصل والثمره في صفقة واحدة ثم استحق الأصل فقد قال ابن حبيب ان كان ذلك في زرع فاستحققت الأرض فسخ البيع المالم يستحصل الزرع ولو استحصل قبل الاستحقاق تم فيه البيع وهو للمتباع وكذلك الثمرة في استحقاق الأجل ووجه ذلك عندى والله أعلم انه لم يعض على هذه الثمرة وقت وهى

فيه بصورة ما يفسد فيه البيع لانها كانت قبل بدو صلاحها بصورة ما يجوز بيعه لاعتقاد المتبايعين
 أنها تبع للأصل الذي بيعت معها فلما بدا صلاحها كانت بصفة ما يصح افراده بالبيع فلم يفسد معها
 استحقاق الأصل وافرادها منه ولو استحق الأصل قبل بدو صلاح الثمرة لفسد البيع فيها لانفرادها
 عن الأصل واستعماله البيع فيها على ذلك الوجه واما ذلك لان الاستحقاق يتناول الأصل دونها والله
 أعلم (مسئله) فان أفرد الثمرة بالشراء على الجدم اشترى الأصل بعد ذلك فالله أن يترك الثمرة
 في الأصل حتى يبدو صلاحها ووجه ذلك انه ملك الأصل والثمره جميعا على وجه صحيح سائق فكانت
 له التبقية كما لو ملكهم في عقد واحد ولو اشترى الزرع على الحصاد ثم اشترى الأصل لم يجز له أن
 يقر الزرع حتى يبدو صلاحه لانه لم يملك فلا تسقط المخارصة بتلف الزرع وهو المعنى الذي من أجله
 منع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع كثرة الغرر وتكرار الجواخ والجهل بصفة المبيع حين
 القبض (مسئله) ولو اشترى الثمرة على التبقية ثم اشترى الأصل لم يكن له أن يبقها لان العقد على
 الثمرة وقع فاسدا ولو ورث الارض بعد ذلك جازت له التبقية قال مالك ووجه ذلك ان الثمرة اذا فسخ
 البيع ردت اليه بحق الميراث

(فصل) فان كانت الثمرة غير مأبورة فانها بمطلق العقد للبتاع وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هي
 للبائع والدليل على ما نقلوه ان الثمرة قبل الابار مستكنة في البيع من أصل الخلقة فكانت تبعا
 للأصل في البيع كالجل في البطن واللين في الضرع (مسئله) ولا يجوز أن يكون للبائع
 بالشرط خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على صحة ما نقلوه ان هذا كامن لظهوره عامة فلم يكن
 للبائع بالشرط كالجنين

❖ النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ❖

❖ النهى عن بيع الثمار
 حتى يبدو صلاحها ❖
 ❖ حدثني يحيى عن مالك
 عن نافع عن عبد الله بن
 عمر أن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم نهى عن
 بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
 نهى البائع والمشتري

ص ❖ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى
 يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري ❖ ش معناه حتى تزهى ومعنى الازهاء في ثمرة النخل أن تبدو
 فيها الحمرة أو الصفرة وهو النضج وبدو صلاحه وبذلك ينبع من العادة وذلك كله بعد ان تطلع الثمرات
 طلوع الفجر في النصف الآخر من شهر ما به بالا عجمي قال ابن حبيب لثمره النخل سبع درجات الطلع
 ثم ينفث الزهر عنه وينيض فيكون اغريض ثم يذهب عنه بياض الاغريض ويعظم جبه وتعلوه
 خضرة ثم يكون بلعائهم تعلو الخضرة حمرة فيكون زهوا ثم يصفر صفرة فيكون يسرا ثم تعلو
 الصفرة كدرة وتنضج الثمرة فتكون رطبا ثم تيبس وتكون تمرا وبدو صلاح التين أن يطيب وتوجد
 فيه الخلاوة ويظهر السواد في أسوده والبياض في أبيضه وكذلك العنب الاسود بدو صلاحه أن ينضج
 الى السواد وأ - ينضج الى البياض مع النضج وكذلك الزيتون بدو صلاحه أن ينضج الى السواد
 وبدو صلاح القناء أن تنضج وتبلغ القناء منه مبلغا يوجده طعم وكذلك الفقوس قال ابن حبيب وأما
 البطيخ فليس بدو صلاحه الا اذا انحأ ناحية الاصفرار والطياب وروى في العتبية عن أصبغ عن
 أشهب بدو صلاح البطيخ أن يؤكل فقوسا قال أصبغ فقوسا قد نهيها للبطيخ وأما الصغار فلا وجه
 قول ابن حبيب ان بدو صلاح فيه انما هو على وجه ما يؤكل عليه ووجد فيه الغرض المقصود منه
 ووجه ما قاله أشهب ان هذا بدو صلاح يؤكل عليه غالبا فاشبه بدو صلاح القناء (مسئله) وأما الموز
 ففي العتبية من رواية أشهب وابن نافع عن مالك انه يباع اذا بلغ في شجره قبل أن يطيب فانه لا يطيب

حتى ينزع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه ويبلغ أوله مبلغه إذا أزيل عن أصله تنهياً فيه تمام النضج فانه إذا أزيل عن أصله قبل تنهيه فسد ولم يتم نضجه (مسئلة) وأما الجزر واللفت والفجل والثوم والبصل فبدو صلاحها إذا استقل وتم وانتفع به أو لم يكن في قلبه فساد وقصب السكر إذا طاب وهو أن يكبر فلا يكون فساداً والبراذايس وكذلك الفول والجلبان والحصص والعنبد والورد وسائر الانوار أن تنفتح ككاهم ويظهر نوره والقصيل والقضب والقرط اذا بلغ أن يرى دون فساد

(فصل) اذا ثبت ذلك وان نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها اختلف أصحابنا في تعليل ذلك فقال محمد بن مسامة ان الغرر موجود قبل بدو الصلاح وبعده ولكنه لا غرض في شرائها قبل بدو الصلاح الا مجرد الاسترخاء لا غير ذلك لانها قد تسلم فترخص عليه أو يتلف بعضها اذا كان أقل من الثلث فيكون غالباً وبعده والصالح له غرض في ذلك من الانتفاع بها وأكثر وبعده بالصالح يقل ويندر وكثير الغرر يبطل العقود ويسيره معفو عنه فيها الا يمكن تسليمها منه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمنوع منه هو البيع المطلق دون اشتراط القطع وذلك ان بيع الثمرة قبل بدو صلاحها يقع على ثلاثة أوجه أحدها أن يشترط القطع فهذا الخلاف في جوازه لانه باع ما لا غرر في بيعه ولا تدخله زيادة ولا نقص لجده اياه عقيب العقد والوجه الثاني أن يشترط التبقية وهذا الخلاف في منعه الاماروى عن يزيد بن أبي حبيب في العربية ووجه منعه ان المنفعة تقل في ذلك والغرر يكثر لانه لا يكون مقصودها الا ما يؤول اليه من الزيادة وذلك مجهول ولان الجوائح تكثر فيها فلا يعلم الباقي منها ولا على أى صفة تكون عند بدو صلاحها وأما اذا بدو صلاح الثمرة فقد تنهى عظمها وكثر الانتفاع بها وقلت الجائحة فيها والوجه الثالث اطلاق العقد فيها فلهشهور عن مالك منعه وبه قال الشافعى وروى ابن القاسم في البيوع الفاسدة من المدونة جوازه ويكون مقتضاه الجدوبه قال أبو حنيفة والكلام في هذه المسئلة في فصلين أحدهما ان اطلاق اللفظ يقتضى التبقية والثاني ان البيع غير جائز والدليل على ما نقوله قوله نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وهذا اللفظ يقتضى النهى عنه على الاطلاق لانه لم يقيد ذلك بشرط قطع ولا غيره فان قالوا هذه حجتنا لانه قال حتى يبدو صلاحها وهذا يدل على ان البيع يجوز بيعه لانه يقصد اللأكل والحصرم يجوز بيعه لان الحصرم يقصد الطبخ والجواب ان الحصرم لم يبدو صلاحه لانه لا يستطاب أكله الاستطابة المعهودة من الأكل المقصود ألا ترى انه قال في حديث أنس الذي يأتي بعده هذا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى قيل له يا رسول الله وما تزهى قال حين تحمر وجواب ثان وهو ان العلة عندكم ليس هذا من بدو الصلاح ألا ترى ان سائر الفواكه يجوز بيعها على هذا الوجه وان لم يبدو صلاحها وجواب ثالث وهو ان هذا يتعلق بدليل الخطاب وأتم يقولون به ونحن نحن أصحابنا من لا يقول به ومن قال به منهم فانه يقول به ما لم يعد باسقاط النضج وهما يؤدى الى اسقاط النضج لانا لو قلنا ان الحصرم يجوز بيعه لزمنا أن نقول مثل ذلك في سائر الفواكه لان أحد المي فرق بينهما ولو قلنا ذلك لابطلنا في سائر الفواكه حكم النطق فان قالوا نعمله على المنع من بيعه بشرط التبقية فالجواب ان اطلاق العقد يقتضى التبقية لان المعهود من حال الثمرة بقاءها على الشجرة الى أن تنهى وجواب ثان وهو ان هذا لا يصح على أصلكم لانه لا يجوز بيعها بشرط

التبقي بعد أن يبدو صلاحها فلا توجد فائدة لتخصيصه بذلك بما قبل بدو الصلاح فان قالوا المراد بقوله حتى يبدو صلاحها حتى تظهر الثمرة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت اذا منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه وما ند وجد لا يقال فيه اذا منعه الله فالجواب ان هذا ننقله عليكم وهو انه صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الثمار والم لم يوجد لا يسمى ثمارا وجواب ثان وهو انه قد فسر هذا في حديث أنس فقال حين يحمر وجواب ثالث وهو انه يقال منع الله الثمرة بعد وجودها بمعنى انه منع الانتفاع بها فان قالوا يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما قال هذا على وجه النصيحة والمشورة لا على وجه التحريم والاخبار عن الشرع يدل على ذلك ما روى سليمان بن أبي خفثة عن زيد بن ثابت قال كان الناس يتابعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جاء من الناس وقت تنقضهم قال المبتاع قد أصاب الثمر الدمار وأصابه فساد وأصابه مرض عاهات يحجبون بها فلما كثرت خصومتهم عند النبي صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كالمشورة يشير بها فلا يتابعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها لكثرة خصومتهم واختلافهم والجواب ان الذي روى ابن عمر النهي عن ذلك والنهي يقتضي التحريم فلا يعدل عن مقتضاه الا بدليل وأما ما أورده فهو تأويل من زيد فلا يرد به ظاهر نهى النبي صلى الله عليه وسلم وجواب ثان وهو انه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أشار بذلك أولا ثم حرمه لهذا المعنى وجواب ثالث وهو ان هذا التأويل لا يصح على أصلكم لأن بيعه على الاطلاق انما يقتضي عندكم الجود والتبقي فيه محرمة وهذا يمنع من أن يكون نهيه على وجه المشورة ويوجب أن يكون على التحريم والدليل على ذلك ما روى اسحق ابن أبي طلحة الأنصاري عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة قال صاحب العين المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه والمخابرة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة نامية أفرد بها بالبيع عن أصلها قبل بدو صلاحها من غير شرط قطعها فلم يصح بيعها كالمال ببيعها بشرط التبقي (مسئلة) ولا ينعى الزرع اذا أفرك ولا القول اذا اخضر ولا الحص والجلبان الا بشرط القطع لأن بدو منفعة المقصودة اليبس واستغناؤه عن الماء وانما يؤثر كل البلح وعلى هذا حكم الجوز واللوز والفسق عندى والله أعلم وأحكم (فرع) فان بيع القول أو الخنطة أو العدس أو الخوص على الاطلاق قبل يسره بعد ان أفرك فقد قال ابن عبد الحكم يفسخ فيه البيع ويرد وحكمه حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يفتى بالبس ويمضى البيع ولا يرد وقال في المدونة أكره أن يعمل به فاذا عمل به وفات فلا يرى أن يفسخ وتناول الشيخ أبو محمد هذا على معنى يفتى بالقبض وروى ابن المواز عن مالك ان نزل لم أفسخه وظاهره يقتضى أنه يمضى بنفس العقد (مسئلة) وأما اذا بدا صلاح الثمرة فانه يجوز بيعها وذلك بان يبدو صلاحها في نخلة منها فان كانت تلك النخلة في جهة واحدة فيجوز بيع ذلك النصف كله لأنه لو روى في ذلك بيع ما بدا صلاحه دون غيره لم يصح ذلك لتفاوته ولحقته المشقة المفرطة فيه ولا يمنع بيعه الا عند انقضائه وهو وقت فوت بيعه واستغناء المشتري عنه وكذلك اذا بدا صلاح نوع جاز بيع سائر أنواع ذلك الجنس مما يقرب منه في بدو الصلاح وان لم يبدو صلاح تلك الأنواع قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان طيبا متابعا ولم يكن مبكرا والمراعى فيه بلوغ الزمن الذي تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبا ومعنى ذلك أن لا تكون تلك الثمرة خارجة عن عادة غيرها فان من الشجر ما يتقدم نوع منه سائر الأنواع في الطيب بالمدّة

الطويلة ويتأخر عن سائرهم بالمدة الطويلة فلا يجوز بيع المتأخر بظهور صلاح المتقدم كما لا يمنع تأخير المتأخر مع المتقدم كالغلب الشتوى والصيفى لا يباع الشتوى ببدو صلاح الصيفى لأن عادتهما التفاوت فى بدو صلاح الجنسين وكذلك إذا ندر من الشجرة الواحدة الحبة الواحدة فقد يندر ولا يتلاحق بهما من ذلك الجنس شئ فإن تلك الحبة لا حكم لها حتى يتقارب صلاح غيرها فإن كانت الشجرة تطعم بطنين فى السنة فالظاهر من المذهب أنه لا يجوز أن يباع الآخر ببدو صلاح الأول روافى العتيبة ابن القاسم عن مالك وفى المبسوط أنه إذا كان طيبها متباعا لا ينقطع الأول حتى يدرك الآخر فلا بأس ببيعهما جميعا بطيب الأول وجه القول الأول أن لبطن الثانى ثمرة لم يبد صلاحها ولا بلغت أبان بدو صلاحها فلم يجز بيعها كالمفردة وجه القول الثانى أنه إذا اتصل حكمه حكم الثمرة الواحدة فى صحة البيع كالمقائى (مسئلة) ولا يباع جنس من الثمر يبدو صلاح جنس آخر خلافا لثب بن سعد والدليل على ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وحتى تزهو قيل وما تزهو قال حين تحمر وروى عنه أنه قال فى العنب حين يسود فاعتبر فى كل جنس صفة لا توجد فى غيره ومنع من بيعه حتى توجد تلك الصفة فيه وهذا يمنع اعتباره بعده ودليلنا من جهة المعنى أن منع الثمرة حتى يبدو صلاحها إنما هو لتو من عليها العاهة ولتكون معلومة الصفة برؤية ما طاب منها وقد علم تفاوت أجناس الثمار فى الطيب فإذا طاب بعضها لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر إبانها عن إبانها وإذا علم صفة بعضها ببدو صلاحها لم يعلم بذلك صفة غيرها ما لم يبدو صلاحها فيها (مسئلة) إذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع جميع ذلك الحائط وما جاز بيع ما حواله من الحوائط وما يكون حاله فى التبكير والتأخير خلافا لمطرف من أصحابنا والشافعى فى قولهما لا يباع بطيبها غير حائطها والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة بصلاحها فجاز أن يباع به ما حولها كما لو لم يفصل بينهما بجدار

(فصل) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز بيع الثمرة التى بصلاحها على الإطلاق ولا خلاف فى ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها بشرط التبقية والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة جاز بيعها على الإطلاق فجاز بيعها بشرط التبقية أصل ذلك إذا قال أبتاعها منك على أن أقبضها غدا (مسئلة) لا خلاف أنه لا يجوز أن تفرد الحنطة فى سنبها بالشراء دون السنبل وكذلك الجوز واللوز والباقل لا يجوز أن يفرد بالبيع دون قشره على الجزاف مادام فيه وأما شراء السنبل إذا شيس ولم ينفعه الماء فجائز وكذلك الباقل والجوز وقال الشافعى لا يجوز شئ من ذلك والدليل على ما نقوله ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهات نهى البائع والمشتري وهذا على طريق القاضي أبى بكر فى تعلقه بدليل الخطاب فى الغاية ودليلنا من جهة القياس أن ما جاز بيعه بعد الفرق جاز بيعه قبل الفرق كالشعير (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز بيعه قائما قبل حصاده إذا شيس جميعه أو أكثره رواه ابن المواز عن مالك وروى القاضي أبو اسحق عن مالك أنه يجوز بيعه فى أنادره وقبل درسه وروى عن ابن نافع أنه لا يجوز بيعه إلا إذا كان حزم ما يرى سنبله وينظر إليه ووجه قول مالك أنه لم يتغير عن الصفة التى كان عليها قبل الحصاد وقد أجمعنا على أنه يجوز بيعه جزافا قبل الحصاد وأنه يتأتى حرره على ذلك فكذلك بعد الحصاد وقبل تغييره بالدرس ووجه آخر أن الحصاد معنى لا يتوقع معه إضافة شئ إلى الزرع يمنع صحة تقديره وتساوى المتبايعان فى معرفته

فلم يمنع ذلك صحة بيعه جزافاً أصل ذلك إذا أمالته الرجح ووجه قول ابن نافع ما احتج به من أن هذه الصورة التي يمكن عليها حرره وأما إذا كان يخفى سنبله أو بعضه فلا يمكن حرره لخفاء المطلوب منه ولذلك حوزنا الخرص في النخل والأعناب لما كانت ثمرتها ظاهرة يمكن ذلك فيها ولا يخصص الزبيب لأن ثمرته مستورة في أوراقه (مسئلة) ولا يجوز بيعه بعد درسه وروى ذلك عن مالك القاضي أبو اسحق في مبسوطه ووجه ذلك أنه قد صار على حالة لا يتأتى حرره ولا يؤمن من إضافة الثبن إليه فلم يجز بيعه كما لو صفاه ثم أضاف إلى حنطته تبناً وهذا كله في الجراف وأما بالكيل فلا خلاف في جواز ذلك لأن المقدار معروف بالكيل والصفة معروفة بفرك بعضه والنظر إليه صريح مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقيل له يارسول الله وما تزهي فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ش قوله نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي يقال أزهي الثمر إذا بدا صلاحه والزهو النور والمنظر الحسن ويحتمل أن يكون مأخوذاً منه لأنها حينئذ يحسن منظرها ويكمل حسنها فان قيل هذه لفظة عربية فكيف تخفى على من معه من العرب حتى يسألوه عنها فالجواب أن ذلك يحتمل وجهين أحدهما أن تكون لفظة لبعض العرب دون بعض فسأل عنها من ليست من لغته والوجه الثاني أن تكون لفظة مستعارة لها من حسننا في ذلك الوقت وجمال منظرها كما قال صلى الله عليه وسلم يوم حنين الآن حي الوطيس وغير ذلك من الألفاظ المستعارة فكأنه قال حتى تحسن الثمرة فاحتاج السائل أن يسأل عن جنس الحسن الذي يبيع بيعها فأخبره أن زهاها حسننا بجمرتها وقوله حتى تحمر يعني والله أعلم تظهر على خضرة البلح حرة وهو أول ما يتغير لونه البلح إلى الحرة فذلك هو الازهاء ثم يكون منه ما يصفرون منه ما يستكهم حرته ويكمل في جميعه فيكون بسراً والله أعلم وأحكم (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمر يريد منع قبضها واستيفاءها على الوجه المعروف المعتاد للراقتيات والأدخار والأكل المعتاد لأن أخذه على غير ذلك الوجه فساد واتلاف للثمرة أو نادر لمنفعة غير مقصودة فشراء المشتري إنما يقع على المعتاد من أكل الثمرة وهو أكلها رطباً أو تمراً فان منع الله الثمرة قبل ذلك لم يكن البائع أن يأخذ الثمن من المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه فاقضى ذلك أنه لا يجوز له أخذ مال أخيه إذا منع الله الثمرة فلما كانت العاهات تكثر وتكرر قبل الازهاء منع ذلك صحة بيعها وفي هذا دليل على أن المنع إنما توجه إلى البيع الذي لم يشترط فيه القطع لأن ما اشترى على القطع لا يمنع آفة فلم يتوجه إليه المنع فعلى هذا الغرر المتوقع في المبيع على ثلاثة أضرب ضرب يكثروا يكون هو الأغلب فهذا يمنع من صحة العقد جلة كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح على وجه يقتضي التيقية وضرب لا يبلغ هذا المبلغ من الكثرة والتكرار لكنه يكون معتاداً ولا يمنع صحة العقد ولكنه يمنع النقد كحال الأمة في عهدة الثلاث ومدة المواضعة وضرب ثالث يقل ويندر فلا يمنع صحة العقد ولا اشتراط النقد كالجنون والجدام في عهدة السنة والجانحة بعد بدو الصلاح في الثمرة وروى القاضي أبو اسحق عن محمد بن مسلمة أنه فرق بينهما بعد هذا وقال إن يبيع الثمرة قبل بدو الصلاح غرراً لأنه لا يتنفع المبتاع بها فلا يقصد إلا مجرد الغرر وأما بعد بدو صلاحها فإنه قصد الانتفاع بها وذلك يرفع فساد الخوف من اتلافها والذي قدمناه أولى لما روت عمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار حتى

* وحدثني عن مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي فقيل له يارسول الله وما تزهي فقال حين تحمر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه

تنبؤ من العادة فجعل ذلك نجاة من العادة لعله تكرر هافيا كما يقول لمن نجاة من غرق البحر أو قتل العدو نجاة من الموت بمعنى أنه انتقل من حالة لا يكاد يسلم فيها إلى حالة يقل فيها العطب ص

﴿ مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم حتى تنجو من العاهة يريد عليه السلام والله أعلم حتى يقل ذلك فيها ويندر وقول مالك أن يبيع الثمار قبل بدو صلاحها من الغرر يريد لما نهى عنه صلى الله عليه وسلم من منع ذلك بسبب العاهات المتكررة عليها في أكثر الأعوام وإذا كان من الغرر وجب أن يكون بيعه غير جائز ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ﴾ ش معنى ذلك والله أعلم على ما تقدم أن طلوع الثريا مع الفجر إنما يكون في النصف الآخر من شهر ربيع وهو شهر ربيع وفي ذلك بدو صلاح الثمار بالحجاز ويظهر الإزهاء فيها وتنجو من العاهة في الأغلب في ذلك الوقت يجوز بيعها فيه دون ما قبله وتختلف العبارات فيما يبدو به ما يمنع من البيع ويميز ما يباع فتارة يميز ويفسد بالازهاء وتارة بأن تنجو الثمرة من العاهة وتارة تطلع الثريا غير أن تحديد ذلك بالازهاء وبأن تنجو من العاهة يتعقبه الجواز على كل حال وأما طلوع الثريا فليس بمحدد يميز به وقت جواز البيع من وقت منعه وقدرى القعنى عن مالك في المبسوط أنه قال ليس العمل على هذا ومعنى ذلك عندي أنه لا يباح بيع الثمرة بنفس طلوع الثريا حتى يبدو صلاحها وإنما معنى ذلك في الحديث أنه كان لا يبيع إلا بعد طلوعها وليس فيه أنه لم يكن يبيع ذلك بعد طلوع الثريا إلا بالازهاء والله أعلم وقدرى عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة عن أهل البلد والله أعلم والنجم الثريا وهذا الحديث لم أره وقد وجدته على حسب ما أوردته ولم أره من طريق صحيح والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقشأ والخربز والجزران يبيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للشترى ما ينبت حتى ينقطع ثمره وبهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وليس في ذلك وقت معروف عند الناس ور بما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فإذا دخلته العاهة بجائحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه ﴾ ش وهذا كما قال ابن يبيع القشأ إذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع ما يخرج منه إلى آخره فإن ذلك جائز لأن صلاح تلك الثمرة قد بدا فباعتها تبع لها لأن هذا حكم يتبع فيه كل ما بدا صلاحه كل ما يأتي بعده منه وهذا حكم الخربز وهو نوع من البطيخ وحكم الباذنجان والقرع مما يأتي بعضه دون بعض ولا يتميز أوله من آخره وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز شئ من ذلك والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة لا يمكن حبس أولها على آخرها فيجاز أن يباع ما لم بدو صلاحه بما بدا صلاحه كالتين والخوخ (فصل) وقوله ثم يكون للشترى ما ينبت حتى ينقطع ثمره يريد في القشأ والبطيخ وليس له أصل ثابت مما يحدث شيئا بعده شئ ولا يتميز ووجه ذلك عندي أنه إنما يشتري ثمره على المعروف من حال مثله في قوة نباته ونعومته وطيب أرضه وما عرف من نجاته مثل هذا فإذا اشتري الأصول على هذا كان له ما يخرج منها إلى آخر وقتها ولا يلزم على هذا أن يقال لو تعلق البيع بأصلها لم يحرم بيعها قبل بدو صلاح نباتها ولجاز أن تباع قبل أن يبدو ذلك منها كما يجوز ذلك في النخل وسائر الشجر لأن النخل والشجر لها أصل ثابت باق ولذلك تتبع الأرض بمجرد العقد ووجه آخر وهو أن المقصود

﴿ وحديثي عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة ﴾ قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر ﴿ وحديثي عن مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن زيد بن ثابت أنه كان لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ﴾ قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقشأ والخربز والجزران يبيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للشترى ما ينبت حتى ينقطع ثمره وبهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وليس في ذلك وقت معروف عند الناس ور بما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فإذا دخلته العاهة بجائحة تبلغ الثلث فصاعدا كان ذلك موضوعا عن الذي ابتاعه

من شراء المقاتي ثم رتها لان سائرهما لا قيمة له والشجر المقصود من سائرهما الأصل وفي الغالب معظم
 الثمرة لها وان كان بعض الثمرة لها فلها القيمة الكثيرة (فرع) وبيان ذلك ان ما يبيع من هذا على
 ثلاثة أصرب ضرب تتميز بطونه ولا تتصل كشجرة التين والخيول والياسمين والتفاح والرمان
 والجوز وضرب ثان تتميز بطونه وتتصل كالقصير والقصير والقرط وضرب ثالث لا يتميز بطونه
 كالمقاتي والباذنجان والقرع فأما ما تتميز بطونه ولا تتصل فلا يجوز أن يباع ما لم يظهر من بطونه
 بظهور ما ظهر منها وبدو صلاحه وحكم كل بطن منها يختص به وأما ما تتصل بطونه وتتميز فان اطلاق
 العقدين تناول ما ظهر منه دون ما لم يظهر وتكون خلفته لمن له أصله وذلك انه انما يباع منه ما جرت العادة
 بأخذه من عينه ولم يتبعه أصله ولذلك لا يجوز له تبقيته الى أن يبدو صلاحه فان اشترط المبتاع خلفه
 فهل يجوز ذلك عن مالك فيه روايتان حكاهما ابن المواز عن أشهب عنه احدهما انه قال في القرط
 يجوز ذلك اذا كان لا يختلف وقال في موضع آخر فان كانت خلفته تختلف فلا أحب اشتراطها
 والرواية الثانية انه قال ما هذا عندي بحسن لانها تأتي مختلفة وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان
 معنى قوله تختلف خلفته أن تثبت مدة ولا تثبت أخرى ولنظ أشهب يقتضي الاختلاف في صفتها
 وانما يجوزنا اشتراط الخلفه على رواية الاباحة لانها مستندة الى الأولى التي قد جاز بيعها ومتصلة كما
 اشتد من ثمرة التين والتفاح وسائر الثمار ما هو صغير لا يجوز بيعه اذا انفرد الى ما قد بدو صلاحه وكما
 يجوز بيع ما لم يظهر من القناء والباذنجان مع ما قد ظهر منها ووجه الرواية الثانية ان هذا شراء
 لم يوجد وينفصل مما وجد فلم يجز شراؤه بشرائه كما لا يجوز شراء ثمرة نخل في عام مع ثمرة في عام قبله
 (فرع) فاذا قلنا برواية الجواز فانما يجوز اذا كانت الخلفه مأمونة قال ابن حبيب ولا تكون
 مأمونة الا في أرض السقي وتجوز في أحجامنا ذلك في القرط والقصير الذي لا يكاد أن يكون الا بمصر
 دليل على جوازه في أرض السقي وانما يرعى في ذلك أن تكون أرضا مأمونة على الخلفه ولعل ابن
 حبيب انما وصف بذلك أرض بلاد الأندلس والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز
 أن يشتري من الجزر ما يعلم انه ينتهي اليه ذلك النبات واحدة أو خمسة أو أكثر من ذلك مما لا يخاف
 اختلافه ولا اختلافه لان ذلك يتميز ويمكن تقديره بعدد الخزر والبطون فان اختلف بعد ذلك أو قصر
 عن الصفة في المبسوط وكتاب ابن المواز عن مالك ان البائع رد على المشتري بقدر ذلك قال محمد
 ابن مسلمة والبقول في ذلك كله بمنزلة القصب ووجه ذلك أن ينظر الى قيمة الجزرة الأولى والثانية
 التي استوفيت وقيمة التي اختلفت يوم العقد على أن يقبض في ابانها كل واحدة منها فيقبض الثمن
 على قيمتها فأصاب التي اختلفت رده البائع على المشتري (فرع) وهل يجوز بيعه حتى يبق
 جزرة في كتاب ابن المواز لا شهب عن مالك لا يجوز ذلك وانما يباع عدد جزره وفي كتاب ابن حبيب
 اذا اشترط المبتاع الخلفه كانت له كلها وان كانت خلفه بعد خلفه وهذا يقتضي أن له ما نبت الى أن
 يفنى ووجه قول مالك ان أصله باق على ملك صاحبه فلا يجوز أن يشتري الى انقضاء عمرته كالنخل
 والشجر ووجه قول ابن حبيب ان هذه بطون متصلة فجاز اشتراط جميعها كالمقاتي والصحيح في
 هذا أنه ما كان ابانه ينتهي اليه ويبطل الأصل جاز اشتراؤه الى انقضائه وما كان على غير ذلك لم يجز
 والله أعلم وأحكم (مسألة) وأما الجوز فقال محمد بن مسلمة يباع سنين كألبان النعم اذا ولدت شهرا
 أو شهرين وروى ابن نافع عن مالك انه قال لا أحب ان يباع ما يخرج منه أكثر من سنة بالزمن
 الطويل ولا يصح ذلك عندي الا أن تكون بطونه متصلة في مثل هذه المدة وغيرها ولا يتقدر بالتمام

لبقاء أصله فان كان يتميز كل بطن من الآخر ويتصل فيصح شراؤه بعدد البطون وان كان يتصل ولا يتميز فغناه أن يتقدر بالزمن كالمياه وألبان الغنم (مسئلة) وأما الجز في كتاب ابن الموز عن مالك ان كان نباته متصلا فهو مثل المقاتي وان كان منفصلا فقال مالك لا خير فيه والسدر كذلك ومعنى ذلك أن كل بطن ينفصل مما قبله فلا يجوز أن يباع بطن آخر وان كانت بطونها متصلة فهو بمنزلة المقاتي في جواز بيع ما لم يظهر منه مع ما ظهر ويقدر ما يباع منه بالزمان فاما أن يباع الى ثمره الأصل فلا يجوز ذلك ولا يكون في ذلك بمنزلة المقاتي

(فصل) وأما ما لا يتميز بطونه كالقضاء فانه لا يجوز أن تباع بطونها مقدرة لانها لا يصح أن تتقدر واذا لم يكن له أصل ثابت فلا يصح أن يتقدر بالزمن لان انقضاء أمره يقرب وهو أبين فيما يقار به ووجه آخر علل به أصحابنا وهو انه يتأخر بالبرد ويتعجل بالحرق فدخله الغرر والجهل بالمعقود عليه (مسئلة) فان أراد المبتاع ببقية الأصل وطالبه البائع بقلعها رجع في ذلك الى عرف الجهة وما جرت عادتهم به فعملوا عليه وليس في ذلك توقيت بشهر ولا أكثر من ذلك ولا بمدة محصورة من الزمان كالثمرة تشتري بعد بدو صلاح فان الرجوع في بقائها في أشجارها الى العرف والعادة ولا يتوقت بمدة من الزمان مقدرة لان التعجيل والتأخير يدخلها بافراط الحر والبرد ولكل شئ من ذلك مقدار معروف

(فصل) وقوله بذلك معروف عند الناس ور بما دخلته العاهة وقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت فاذا كان ذلك فهو موضوع عن الذي ابتاعه يريدان لما يبيع من هذه المقاتي عند الناس أوقانا معتادة اذا سامت ينتهي اليها وتدوم ثمرتها طول مدتها على حسب ما عرفوه واعتادوه من ذلك فان بلغت الثمرة وانصلت اليها فقد سلم المبيع للبائع وجب للبائع جميع الثمن وان قصرت عن ذلك الثمرة وانقطعت قبل المعروف من وقتها فما يكون ذلك بعاثة فلم تسلم جميع الثمرة الى من ابتاعها فيوضع ذلك عن المبتاع اذا بلغ الثلث فأكثر وسند كرهنا مستقصى في الجواخ ان شاء الله تعالى ولا يلزمنا على ما أصلناه أن يقال لو كان الأصل تبعا للثمرة لما كانت فيه جائحة كالثمرة اذا بيعت مع أصل الفل لان ابن حبيب روى عن أصبغ ان ما عظم ثمنه من الثمرة فأصابته جائحة يقصر الثمن على الثمرة والأصل فتوضع الجائحة لانه يز يد في الثمن من أجلها فكيف بثمره المقاتي وهي المقصودة بجميع الثمن ولو سلمنا على قول سائر أصحابنا في الفل فقد قال ابن القاسم في العتية في الفول والجلبان ما يبيع منها أخضر فلا توضع فيه جائحة حتى تبلغ الثلث ويرد الى أصله ومعلوم أن الجلبان الأخضر لا يجتنى الا بأصله

﴿ ما جاء في بيع العرية ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها

﴿ ما جاء في بيع العرية ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها * ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها مطلقا رخصة عند الفقهاء يقتضي أن يخص بعض الجملة المحظورة بالإباحة ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه وجعلوا له باطلاق اسم الرخصة عليه حكما مفردا ولا يجوز أن يعدى الى غيره حتى انهم يسمون بذلك كل حكم لا يعدونه وليس هذا بصحيح والصواب أن ينظر الى علة ذلك الحكم الذي علق عليها في الشرع فان كانت علة واقعة فصر الحكم على موضعها وان

كانت متعديّة عداه وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت وبالله التوفيق ومعنى اطلاقهم عليها اسم
الرخصة أن زيد بن ثابت روى عن النبي صلى الله عليه وسلم منع بيع الرطب بالتمر وروى عنه اباحة
ذلك على وجه الخرص في العربية رواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لا تبعوا التمر حتى يبدو صلاحه ولا تبعوا التمر بالتمر قال سالم وأخبرني عبد الله عن زيد
ابن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العربية بالرطب أو بالتمر ولم
يرخص في غيره فخص العربية بهذا الحكم دون سائر المبيع من الثمار والمعنى المبيع لذلك ضرورة
الشركة إذا كان أصلها العربية وهذا المعنى وإن كان ورد بلفظ البيع ففيه معنى من البيع وذلك أن
المعري إذا خرصت عليه العربية له أن يبيعها أو يأكلها ويضعها ما شاء ويعطيها غيره وإنما معنى ذلك
في الحقيقة معنيان أحدهما إزالة ضرر الشركة لأن غالب أحوال الناس وأهل الحوائط الانفراد
بعبائهم وذريتهم في حوائطهم وجمع ما يسقط منها أو كل ثمرها رطبه وبأسه فإذا أعري نخلة من
حائطه امتنع عليه الانفراد فيه بأهله وذريته لأن للمعري أن يقيم مع عريته أو يمتنع مع ذلك على
المعري وعلى من معه من أهل وولده لا ينسأطهم في الجمع والأكل مما يسقط الأبعد التعفظ من العربية
فيؤدي ذلك إلى المشقة إلى ما يمنع من الأعداد في عام آخر ووجه آخر وهو أن المعري إذا أعري
نخلة أن احتاج من مرعاتها وجمع سوا نطها وحفظها وسقيها والعمل عليها لزمه في ذلك من المشقة
أكثر من قدر قيمتها فيؤدي ذلك إلى أن لا ينتفع بعد من جميع ما يكون فيه وترك التعفظ من ثمرة
الغير ويحتاج المعري إلى من يكفيه ما يلزمه في عريته مما ذكرناه فجاء لهذا المعنى أن يخصص على
المعري ويكون عليه خرصها تمرا يؤتيه إلى المعري عند الجذاذ كما يخرص عليه الزكاة التي تجب
عليه في حائطه لأهل الزكاة وليد حق من الضرر بشاركتهم له في الحائط مثل ما يلحقهم بمشركة
المعري ويلحق أهل الزكاة من الضرر بالعمل في الحائط والحفظ له مثل ما يلحق المعري وقد
قرر الشرع فيه خرصه على أهل المال ليؤدوه عند الجذاذ والله أعلم وأحكم وأما علة الاستضرار
بالدخول بها فقد قال ابن القاسم وكذلك الأرفاء وله تأثير في إباحة المحذور ولذلك جوزنا لمن أراد
إرفاق صديق له أن يبدل له ثلاثة دنائير ناقصة بثلاثة دنائير وازنة عددًا ومنع ابن الماجشون أن
تكون لذلك علة عند استضرار المعري بدخول المعري فابيح له ذلك لأن الله هذا النوع من الضرر
والأظهر عندي فيه ما تقدم ويتصرع عندي من هذا قياس أن هذا معنى حد في الشرع بخمسة أوسق
فجاء أن يخرص ثمرة على أن يعطى من يخرص عليه خرصه تمرا عند الجذاذ أصل ذلك الزكاة
(فصل) وقوله أرخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها خص بذلك صاحب العربية وسماه يبيعا
لما كان له استهلاك الثمرة التي يخرص عليها وأن يعطى غيرها فقد ملكها ودخلت في ضمانه على أن
يعطى إن شاء مثل خرصها بدلا منها وهذا فيه معنى من البيع وهو لزوم المعاوضة للمعري ولزوم كثير
من معنى العقد للمعاوض من حفظ الثمرة وجدوها والتزامها ويكون له الخيار في دفع تلك العين وبدلها
بعدها وهذا إنما هو حكم من أحكام القرض مع بقاء العين على صفتها وفيه وجه آخر من معنى البيع
أنه لا يثبت حكمه إلا باختيار المتبايعين وأما الزكاة فلم ترد في الشرع بلفظ البيع لما كان ذلك يلزم
رب المال وإن لم يرضه فلذلك لم يذكر باسم البيع والموجب لذلك أن المعري معين مالك لأمره فلما
لم يلزمه الخرج عن العربية إلا باختياره فكذلك المعري لا يلزمه التزامها إلا بالزكاة والمستحق للزكاة
غير معين وإنما للامام النظر في ذلك على ما قرره الشرع من خرص ذلك على أرباب الحوائط

وتسليمه اليهم ولم يكن للامام أن يقدم من ينظر فيه بمقاسمة الثمرة حين بدو صلاحها أو جمعها وحفظها والنظر فيه وكان حكم خرصها وتسليمها إلى أرباب الخواطر لازم أو يجب أيضا أن يكون ذلك لازما في أرباب الخواطر ولذلك لم يسم بيع العالم بوقف على اختيار الامام وأرباب الأموال وفي هذا أربعة أبواب * الباب الأول في تفسير معنى العربية وما يتعلق بذلك من جواز بيعها * والباب الثاني في تبين من يجوز له ذلك * والباب الثالث في تبين ما يصح ذلك فيه من الثمار * والباب الرابع في تبين مقدار ما يصح ذلك فيه من الثمرة

(الباب الاول في تفسير معنى العربية)

فاما معنى العربية فقال القاضي أبو محمد هو عندنا أن يهب الرجل ثمر نخلة أو نخلات من حائطه لرجل وهذا الذي ذكره يحيى على مذهب أشهب وابن حبيب وأما ابن القاسم فان معنى العربية عنده أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص وهو أن يكون على المعري ما يلزمها إلى وقت بدو صلاحها وهو وقت يمكن الانتفاع بها واطلاق الهبة عنده لا يقتضي هذا وانما يقتضي أن ذلك يلزم الموهوب له من يوم الهبة ففرق في ذلك بين الهبة والعربية ولذلك قال عن مالك أن زكاة العربية على المعري وزكاة الثمرة الموهوبة على الموهوب له قال ابن القاسم فرق مالك بينهما في الزكاة والسقي وقال أشهب زكاة العربية على المعري كالهبة لأن يعريه إلى الزهو ويلزمه مثل ذلك وقال محمد أنه لا خلاف بينهم أن السقي على المعري ولعله أراد به أنه لم ير لهم فيه خلافا ولم أر فيه وفاقا ويحتمل أن يكون أراد بذلك سقيا يلزم المعري لأجل الأصول فيكون ذلك بمنزلة الإجارة على سقيا فلا يجوز ذلك قبل بدو صلاح الثمرة وقال ابن حبيب السقي والزكاة في العربية والهبة على المعري والواهب وقال سحنون انظر إلى العربية والهبة فان كانتا بيد المعري أو الواهب يسقي ذلك ويقوم عليه فالزكاة عليه وان كان بيد المعري أو الموهوب يقوم عليها ويأكل منها فالزكاة عليه فعلى رواية ابن القاسم حكم العربية غير حكم الهبة

(فصل) وهذا معنى العربية من جهة الفقه وأما من جهة اللغة فقال صاحب العين العربية من النخل التي تعري عن المساومة عند بيع النخل والفعل الاعراء وهو أن يجعل ثمرة عامها محتاج وقال الشيخ أبو محمد وقد قيل إن أصل هذه الكلمة مأخوذ من النخلة تعري من ثمرتها الهبة لثمرتها فسميت عربية لذلك فعلى الوجهين العربية اسم للنخلة وان ذلك لا يقال من النخل إلا ما تعطى ثمرة لأهل الحاجة على معنى الرفق والصدقة وقال أبو عبيد في غريب الحديث إن العربيا واحدتها عربية وهي النخلة يعريها صاحبها محتاجا والاعراء أن يجعل له ثمرتها عامها وقال القاضي أبو محمد قال أهل اللغة العربية مأخوذة من قولهم عروا الرجل أعروه إذا أتيت تلتبس بره ومعه روه من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتز وقيل إن معناه مأخوذ من تخلي الإنسان عن ملكه من الثمرة من قوله تعالى فنبتناه بالعراء يعني الموضع الخالي (مسئلة) إذا ثبت ذلك فانه يجوز الاعراء في كل نوع من الثمرة كانت مما يبس ويدخر أو مما لا يبس ولا يدخر وفي القضاء والموز والبطيخ قاله ابن حبيب قبل الابار وبعده وقبل الازها وبعده لعام أو أعوام في جميع الحائط وبعضه لأن ذلك نوع من الهبة والصدقة فلا تبطل له الجهالة والغرر (فرع) وبماذا تكون حيازته وتصح للمعري قال ابن حبيب عن مالك تكون باجتماع أمرين أحدهما أن تطلع فيها ثمرة والثاني أن يقبضها فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعري فلا شيء فيها للمعري وقال أشهب في كتاب محمد أن ذلك يكون بوجود أحد

الأمر من الإبرار وتسليم الرقبة فإنه يكون حوزا وان لم تؤبر الثمرة وجه رواية ابن حبيب أن ظهور الهبة هو طوع الثمرة فيها فان حاز حينئذ صحت حيازته لها لان العين التي أعطاهما قد ظهرت وان لم تظهر فذلك مثل الحمل لا يصح قبضه له إلا بالوضع ووجه قول أشهب أن الثمرة انما تظهر بالإبرار وما قبل ذلك فالثمرة فيه كامنة فأشبهت الحمل فلا تجوز حيازتها فاذا أبرت وظهرت كان دخوله وخروجه إليها حيازة لها لانه لا يمكن تسليمها أكثر من ذلك فان كانت بموضع يمكن تسليمه إليه وانفراده به لم يكن ذلك حيازة حتى يبس فان أمكن ذلك كان تسليمه إليه حيازة لما وهبه له من ثمرتها وان كان ذلك قبل ظهورها كالمستقبل من خدمة العبد (فرع) ويصح أن تكون العربية في ثمر شجر معين ويصح أن يعر به مقدارا من الثمر غير معين مثل أن يعر به خمسة أوسق من جملة ثمر حائطه (مسألة) اذا ثبت ذلك فإنه يجوز لصاحب هذه العربية أن يشتريها من المعري وقال أبو حنيفة ان معنى العربية هبة الثمرة على الإطلاق عنده الآن يتنازعها معناه عنده ان اللواهب استرجاع هبته وأن يعطيه غيرها وانما سميت ببيع على سبيل المجاز والاتساع وأما على الحقيقة فلا يجوز ذلك لانه بيع الرطب على رؤس النخل بالتمر على وجه الأرض وذلك غير جائز والدليل على ما نقوله حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وأرخص بعد ذلك في بيع العربية بالتمر أو بالرطب ولم يرخص في غيره فان قيل العربية هي العطية انما أرخص في العطية وذلك لان الرجل كان يهب ثمر نخله لرجل ثم يبدوله في ذلك فكان يرجع فيه ويعطيه عوضه ثم اقلب صلى الله عليه وسلم أرخص في ذلك قالوا والعربية هي العطية من أعار الشيء وهو تملك منفعه والجواب ان هذا غير صحيح لان العربية انما هي النخلة الموهوب ثمرتها وعلى ذلك فسر حاجاغة أهل اللغة وأنشدوا في ذلك

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجوانح

يمدح نفسه بالجوود ويقول ان نخله ليست بسنهاء أى لا يعامل عليها سنين وهي المسانحة وقوله ولا رجبية يريد ليست بيني عليها والترجيب البناء بالحجارة حول أصلها ثم قال * ولكن عرايا في السنين الجوانح * يريد اذا نزلت الجوانح بالناس واشتد الزمان وقلت الثار وهما حينئذ وجعل ثمرتها طعمة وليست العربية من الاعارة بسبيل لان الاعارة يقال منه أعاره يعبره اعارة وهي العارية والاعارة يقال منه أعاره يعبره اعارة وهي العارية والعارية من الاعطاء المأجور ان يبنى عن بيعه لان الاعطاء لا يباع وانما يباع المعطى فهو الذى يصح أن يبنى عن بيعه على وجه ما يباح على وجه آخر * وجواب ثالث وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر ثم استثنى منه بيع الثمرة والظاهر انه انما استثنى بعض الأول فان قالوا انما سمى ببيع على سبيل المجاز كقوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا فالجواب انما سماه هناك ببيع المأفاه من المعاوضة وليس كذلك على ما ذكرته فانه ليس فيه معاوضة وانما فيه مجرد الهبة فلم يسم ببيع حقيقة ولا مجازا ودليلنا من جهة المعنى أن الطعام يفسد ببيع من وجهين أحدهما يبيع قبل استيفائه والثاني الجمل بتأجل الجنس ثم ثبت وتقرر انه قد أرخص في بيعه قبل استيفائه على وجه المعروف في الآلة والتولية والشركة وكذلك الجهل بالتأجل يجب أن يكون منه ما يجوز على وجه المعروف وليس ان لا يبيع العربية (مسألة) اذا ثبت ذلك فان يبيع العربية يجوز بأربعة شروط قاله القاضي أبو محمد أحدها أن نزهي والثاني أن تكون خمسة أوسق فاذنى والثالث أن يعطيه التمر عند

الجداد والرابع أن تكون من صنفها فأما اشتراطه الا زهاء فهو قول جمهور الفقهاء وقال يزيد بن أبي حبيب يجوز بيعها قبل بدو صلاحها والدليل على ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وأما الشرط الثاني وهو أن تكون خسة أو سقى فأدنى فسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وأما الشرط الثالث وهو أن يعطيه خرصها عند الجداد فهو عندنا شرط في صحة هذا البيع ولا يجوز له تعجيل العوض ثمرا وقال الشافعي يجب عليه أن يجعل له الخرص ثمرا ولا يجوز أن يفترا حتى يتقبضا ووجه الخرص عندنا أن ينظر إلى ما في النخل المعرة من الثمرة فيقدر ثم ينظر إلى ما يخرج مثل تلك المكيلة من ذلك النوع من أنواع التمر في حودته أو رداءته من التمر اليابس فيكون المعري إلى الجداد فالخلاف بيننا وبين الشافعي في هذه المسئلة في ثلاثة فصول أحدها أنه يجب عندنا تأخير التمر إلى الجداد ولا يجوز تعجيله وعند الشافعي يجب تعجيله قبل التفريق ولا يجوز تأخيره عن التفريق والفصل الثاني أن اسم العربية واقع على النخلة الموهوب ثمرتها وقال الشافعي العربية اسم للبيع والفصل الثالث أن جواز بيعها يختص بالمعري وعند الشافعي يجوز من كل أحد والدليل على الفصل الأول أن هذا معنى ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل بالخرص منه ثمرا إلى الجداد كالزكاة (فرع) فإذا أراد بعد صحة العقد تعجيل الخرص جاز له ذلك قال ابن حبيب ووجه ذلك أن العقد قد سلم من الفساد بشرط التعجيل فجاز ذلك على الطوع كتقد الثمن في مئة الخيار وتعجيل السلم بإثر العقد

(فصل) والدليل على صحة الفصل الثاني وهو أن العربية اسم واقع على النخلة ما قد مناه من قول أهل اللغة في ذلك وفي صحيح البخاري عن سعيد بن جبيرة قال العرايات نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروها فخرص لهم أن يبيعوها بما شاؤوا من التمر وقال الشاعر
ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا في السنين الجواخ

يمدح نفسه بان يهب ثمرتها في أوقات الجواخ ولا يمدح نفسه ببيع ثمرتها حينئذ وما يدل على ذلك قول يزيد بن ثابت ولكن أرخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها في هذا أدلة أحدها أنه قال أرخص لصاحب العربية ولا يجوز أن يقال أرخص لصاحب البيع أن يبيعها بخرصها والثاني أنه قال بخرصها وهذا يدل على أنه لم يرد به العيب لأن العيب لا يخرص له ولا يخرص والثالث أنه قال لصاحب العربية وهذه اللفظة انما تنطلق على الأعيان دون الأفعال فيقال لصاحب الشجرة وصاحب الأرض وصاحب الثمرة ولا يقال لصاحب القيام وانما جرى عرف الاستعمال فيه أن يقال له القائم ووجه رابع أنه قال أرخص لصاحب العربية أن يبيعها وهذا يقتضي أنه معروف بأنه صاحب العربية قبل البيع فدل ذلك على أن العربية غير البيع

(الباب الثاني في بيان من يجوز له ذلك)

وحلة ذلك أن كل من صارت إليه ثمرة الخائض يبيع أو هبة أو ميراث له شراء العربية بمثل ما يجوز ذلك للمعري لما يلحقه من مضرة الشركة بدخول المعري وخروجه كما يلحق المعري ولما في ذلك من المعروف فيتعلم المشتري العمل والمؤنة على المعري كما يعلمها المعري ويجري في ذلك مجرى الزكاة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن صارت إليه العربية يبيع أو هبة أو ميراث فحكمه في جواز بيعها بخرصها ثمرا من له ثمرة الخائض حكم المعري للوجهين المذكورين قبل هذا ولا يجوز التبايع

فيها على غير ما قدمناه وقال الشافعي يجوز أن تباع الثمرة على رؤس النخل بخرصها ثمرا فإدواون خمسة
 أو سق من جميع الناس ويجوز بيعها لجميع الناس والدليل على ما نقوله ما روى بسم بن مسلمة
 عن سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في
 العربية أن تباع بخرصها فبأكلها أهلها رطباً وحه الدليل أنه استثنى من منع ذلك بيع العرايا بغير
 الدنانير والدرهم وهذا يدل على أنه منع يختص بالعرايا جوازها والشافعي يجوز في أنواع الثمار لأن
 كل ما يكون من المسمى عنده عرايا إذا كان البيع أعراء و جاز من كل أحد فبطل فائدة
 التخصيص واستثناء الرخصة من المنع ووجه آخر وهو أنه عم المنع واستثنى من تلك الرخصة أهل
 العربية وعم أر باب النخل فوجب اختصاص هذا الحكم بهم وبقي الباقيون على حكم المنع ودليلنا من
 جهة القياس أن هذا بيع التمر بالتمر فلم يجز إلا الدفع ضرر الشركة أصل ذلك إذا كان محدودا
 ودليل ثان وهو أن المعرفة بالتأمل أمكن بالكيل منه بالخرص لأن الخرص إنما يستند إلى الكيل
 وقد ثبت وتقرر أنه لا يجوز ذلك بالكيل إذا كان محدودا فبان لا يجوز خرصاً أولى وأحرى (مسئلة)
 ومن كان له في حائط غيره أصل شجرة فهل يجوز له أن يبيع منه ثمرة بخرصها ثمراً قال ابن القاسم
 وابن الماجشون ذلك جائز واختلفوا في وجوبه ذلك فقال ابن القاسم إن كان لضرر الشركة فلا
 يجوز لأنه لم يعرف شيئاً وإن كان على وجه المعروف وإن يكفيه مؤنة العمل فذلك جائز وهو قول مالك
 وقال ابن الماجشون ولا يجوز شراء ثمرة بخرصها كيلاً إلا الدفع ضرر الشركة وعلى هذا يجوز في
 هذا الموضوع للتخفيف وليس بالقياس (مسئلة) ومن أعزى جميع حائطه فهل له أن يشتري ثمرة
 بخرصه قال ابن القاسم ذلك جائز وقال ابن الماجشون ليس له ذلك وكذلك اختلف في ثمرات بعض
 عريته فجوزها ابن القاسم ومنعه ابن الماجشون ولو أعزى جماعة مشتركون في حائط رجال ثمرة نخل
 منه فأرادوا حدهم أن يشتري منه عريته فلا يجوز عند ابن الماجشون لأن ضرر الشركة
 بالدخول والخروج لا ترتفع بذلك وجوزها ابن القاسم للرافق وكفاية المؤنة ولو أعزى رجل جماعة
 جاز له أن يشتري من بعضهم عريته لأنه قد يستضر بذلك ويتحفظ منه دون غيره وتديجوز أن يخرصه
 بالرافق دون غيره

(الباب الثالث في بيان ما يباح ذلك فيه من الثمار)

عن مالك فيعروايتان أحدهما أنه لا يجوز إلا في النخل والعنب وبه قال الشافعي والثانية يجوز
 في كل ما يبيس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين والزيتون والفسق رواء ابن المواز وهو
 في المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك ووجه الرواية الأولى أن هاتين الثمرتين يختصان
 بالأكل حال الرطب وقبل اليبس مما يتأتى فيه الخرص ووجه الرواية الثانية أن هذا مما يبيس
 ويدخر فثبت فيه حكم العربية كالتمر وأما الزيتون على هذه الرواية فقد قال أشهب إذا كان يبيس
 ويدخر جاز ذلك فيه بخرصه ومعنى ذلك عندي أن يوضع على حاله يدخر عليها لأنه لا يبيس ويدخر
 على غير ذلك الوجه ويكون أجل بيعه إلى أن يمكن عمله بعد القطاف وكذلك العنب إلى أن يمكن
 تربيته بعد القطاف لأنه لا يكون زيباً إلا بالتزيب بعد القطاف وأما التين فإن أوقاته تتفاوت
 في ذلك لأنه من أول أمره شرع في تربيته فله أن يدفع خرصه منه دون شرط يكون بينهما في ذلك
 (مسئلة) فإن كان عنباً لا يربب أو نخل لا يتمر فعلى اشتراط اليبس يجب أن لا يجوز ابتداء
 عريته لأنه إذا شرط أن يعطيه ثمراً فإما أن يشترط أن يعطيه من صنف غيره وذلك لا يجوز وقد قال
 أصبغ فيما لا يبيس من الفواكه لا يجوز للعري أن يبيعه من عريته بخرصه نقداً ولا إلى جداده ولو

أجيز ذلك بديا في كل عريه لم أره خطأ وإن كنت أتقيه . ومعنى ذلك والله أعلم أن يباع أول ما يبدو
صلاحه بخرصه من جنسه يؤدبه اليه عند تكامل طيبه لأنه يستضر بدخوله اليه من وقت بدو
صلاحه الى تكامل طيبه وكذلك يعمل عن المعري عمله في تلك المدة والله أعلم وأحكم (مسئله)
وإنما يباع بالتمر الى الجداد ولا يباع بالزطبق نقدا ولا الى أجل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها تمرأولا يجوز أن تباع بغير نوعها فإن كانت العربية برنالم يجز
أن يشترط صيغانيا ولا عجوة ولا أدنى ولا أفضل ولا يعين ذلك في ذلك الحائط ولا في غيره فإن عين ذلك
في حائط يعينه في المبسوط أن فعل أراه جائزا ويكون عليه ما ضمن للمعري في ذمته الى الجداد يعطيه
من حيث شاء والظاهر من مذهب ابن القاسم أنه لا يجوز ويفسخ العقد
(الباب الرابع في بيان مقدار ما يجوز بيعه من العربية على الوجه الذي ذكرناه)

ونحن نبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى ص **م** مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن
أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بخرصها فيادون
خسة أوسق أو في خسة أوسق يشك داود قال خسة أوسق أو دون خسة أوسق **ش** قوله أرخص
في بيع العرايا بخرصها يقتضي أن العرايا هي النخل المبيع تمرها فيحتمل أن يريد به وأرخص
في بيع تمر العرايا بخلاف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه وهذا كثير في كلامهم ويحتمل أن
يسمى التمر عرايا لما بينها وبين النخل التي هي حقيقة العرايا من التعلق ولو كانت صفة للبيع لما
صح هذا القول لأن الهاء في قوله بخرصها ترجع الى غير مذكور ولا معهود كما لا يجوز أن يقال
منع من بيع المزانية بخرصها لما كانت المزانية صفة للبيع ويجوز أن يقال أرخص في بيع العجوة
بخرصها لما كانت العجوة صفة للبيع

(فصل) وقوله فيادون خسة أوسق أو في خسة أوسق قصر النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحكم على
هذا المقدار من التمر كما قصر الزكاة على نصاب خسة أوسق فإزاد ويجوز أن يكون حكم الزكاة
يختص الرفق فيه بأرباب الاموال بترك الزكاة فيادون خسة أوسق لأنها تضعف عن الموازنة
غالبا وكذلك في مسئلتنا اختص هذا الحكم بهذا القدر للرفق لأن هذا القدر الذي جرت العادة
بأعرائه ولا يكاد أن يزيد عليه الا الشاذ النادر الذي تتكرر به المشقة ولا يبلغه بالاغراء الامن
له الحوائط الكثيرة التي تشغله بالعمل ولا يلحقه الضرر بالاغراء من بعض حوائطه (مسئله)
وشك داود بن الحصين في المقدار بين الخمسة أوسق وبين مادونها ولم يرو هذا الحديث من طريق
صحيح أحد غيره وقد غول عليه جميع الفقهاء وأخرجهم أصحاب الصحيح وعن مالك في تعديد ذلك
روايتان روى عنه أبو الفرج عمرو بن محمد أن ذلك لا يجوز الا في أقل من خسة أوسق وروى عنه
المصريون أنه يجوز في خسة أوسق دون ما زاد عليها وجه منعه اياه في الخمسة أوسق أن هذا الحكم
خص باللفظ العام في النهي عن المزانية وبيع القرعة فوجب أن يثبت التخصيص بما يتيقن منه دون
المال يتيقن والذي يتيقن منه دون خسة أوسق والخمسة مشكوك فيها فلا يقع بها تخصيص لفظ عام
ثابت ووجه الرواية الثانية أن الحدود وضعت لتبيين الحدود وتمييزه من غيره فيجب أن يكون في نهاية
البيان ويتعلق بالالفاظ التي لا اشتراك فيها والالتماع التحديد بها ومادون خسة أوسق لفظ مشترك
لا يختص بمقدار ما فلا يجوز أن يكون حدا بين ما يجوز وما لا يجوز وأما خسة أوسق فخسة بمقدار
ما فكأن أولى بأن تكون حدا (فرع) فإذا خرصت عريه فكانت أقل من خسة فلما جازها
وجد فيها أكثر من خسة أوسق في المدينة من رواية صدقة بن حبيب عن مالك أن الفضل لصاحب

* وحدثنى عن مالك عن
داود بن الحصين عن أبي
سفيان مولى ابن أبي أحمد
عن أبي هريرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم
أرخص في بيع العرايا
بخرصها فيما دون خسة
أوسق أو في خسة أوسق
يشك داود * قال خسة
أوسق أو دون خسة أوسق

قال مالك وانما يتابع العرايا
بخرصها من التمر يتصرى
ذلك ويخرص في رؤس
النخل وليست له مكيلة وانما
ارخص فيه لانه انزل بمنزلة
التولية والاقالة والشركة
ولو كان بمنزلة غيره من
اليوع ما اشرك أحد أحد
في طعام حتى يستوفيه ولا
أقاله منه ولا ولاه أحد
حتى يقبضه المبتاع
* الجائحة في بيع الثمار
والزراع *

* حدثني يحيى عن مالك
عن أبي الرجال محمد بن عبد
الرحمن عن أمه عمرة بنت
عبد الرحمن انه سمعها
تقول ابتاع رجل ثمر حائط
في زمان رسول الله صلى
الله عليه وسلم فعالجه وقام
فيه حتى تبين له النقصان
فسأل رب الحائط أن يضع
له أو أن يقيله فخلف أن لا
لا يفعل فذهبت أم المشتري
إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم قد كرت ذلك
له فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم تالي أن لا
يفعل خيرا فسمع بذلك
رب الحائط فأتى رسول
الله صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله هوله

العريه ولو وجد منه أقل مما خرص عليه ضمن له الخرص وهذا اذا كان له مفرد ولو خلطه قبل أن
يكيله لو فاه ماضعه ولم تكن عليه زيادة ولا نقصان ص * قال مالك وانما يتابع العرايا بخرصها من
التمر يتصرى ذلك ويخرص في رؤس النخل وليست له مكيلة وانما ارخص فيه لانه انزل بمنزلة التولية
والاقالة والشركة ولو كان بمنزلة غيره من اليوع ما اشرك أحد أحد في طعام حتى يستوفيه ولا
أقاله منه ولا ولاه أحد حتى يقبضه المبتاع * ش وهذا كما قال ان العريه لا يتابع على شرط التبقية
الا بخرصها تمر ولا يجوز أن تكون بسر او لارطبا وقد تقدم ذكره ولا يجوز أن يتابع بغير جنسها من
الطعام ولا بغيره الا بعد الجدل ان التخلية بينه وبينها ليست بقبض لها بل دليل ان الجائحة تثبت في الفرة
بعد تخلى البائع عنها إلى المبتاع وهي في أصل شجره ويجب على البائع سقيها ولو كان ذلك قبضا
لكانت من ضمان المبيع ويجوز أن يباع بالذهب والورق وغير ذلك من العروض
(فصل) وقوله ويجوز بيعها بخرصها من التمر يتصرى ذلك في رؤس النخل وليست له مكيلة يريد
ان ذلك يجوز فيها للحاجة اليه ولتعدد الكيل فيها مادامت في رؤس النخل وهو الوجه الذي يباع
عليه وانما ارخص فيه لذلك كما ارخص في الاقالة والشركة والتولية فيجوز فيها لما فيه من المعروف
ما لا يجوز في غيرها من العقود من بيع الطعام قبل استيفائه

* الجائحة في بيع الثمار والزراع *

ص * مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن انه سمعها تقول ابتاع
رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل
رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله فخلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم قد كرت له ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تالي أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط
فأتى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هوله * ش قوله فعالجه وقام فيه حتى
تبين له النقصان يحتمل أن يريد حتى تبين له نقصان قيمته عن الثمن الذي اشتراه به ويحتمل أن يريد
به حتى تبين له نقصان ثمره عما قد قدر فيه وذلك أيضا يحتمل وجهين أحدهما أن يتبين له من أمر الفرة
مع بقائها على ما كانت عليه حين ابتاعها من تقصيرها عما كان قدر فيها والثاني أن يتبين النقصان
بجائحة طرأت عليها الا ان ادخل مالك لهذا الحديث في هذا الباب يدل على انه حمله على الجائحة
وذلك انه أو رد الجمله على تبين النقصان فالظاهر انه عمله له والجائحة من باب النقصان فلذلك أنكر
على من تالي أن لا يضعها

(فصل) وقوله فأتى رب الحائط وسأله أن يضع عنه أو يقيله يحتمل وجهين أحدهما انه سأله ذلك
على وجه الرغبة اليه وما جرت به العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضا عند المتاجرة فذلك لأبأس به
رواه ابن المواز عن مالك وروى عنه أيضا انه قال غيره أحسن منه وجه اباحته ان الارفاق معروف
فكان مباحا للغنى والفقر كاستعارة الثوب والداية ووجه استحسان غيره ما فيه من السؤال
والخضوع والامتنان للمخلوق في غرض دنيا لا تدعو اليه حاجة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم اليد
العليا خير من اليد السفلى وكذلك ان قال له ان وضعت عنى والا خصمتك قال أصبغ أو يقول ان
وضعت عنى والا وجدت عيبا فان هذا ممنوع منه (مسألة) والثاني أن يكون انما سأله أن يضع
عنه بقدر الجائحة التي تثبت له على وجه استدعاء الحق على وجه الرغبة وقوله فخلف أن لا يفعل يجب

أن يكون ممنوعاً على وجهين سألته التخفيف عنه على وجه المعروف أو سألته أن يسقط عنه ما يجب عليه اسقاطه من الجائحة

(فصل) وقوله فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتمل أنها مضت تتشفع بالنبي صلى الله عليه وسلم حين امتنع من الوضعية على حسب ما فعل جابر حين اشتد عليه الغرماء ويحتمل أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه الاستفتاء والاستعلام لما يجب لابنها وعليه فيما قضت عليه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيراً انكار خلفه على مثل هذا وتدبر لما لا يمينه أو خلفه وليس في ذلك ما يقتضي الحكم للمشتري بجائحة ولا غير ما وافقه انكار خلفه أن لا يفعل خيراً فإن كان بعد هذا يتقرر من قولهما ما يوجب الحكم عليه حكم بوضع الجائحة وان تقرر من قولهما ما لا يوجب الحكم عليه فتألى على أن لا يفعل خيراً ثابت في نفسه

(فصل) وقول البائع لما بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم «هوله افلاخ عما أناه من الحلف على أن لا يضع من المبتاع شيئاً بالغ في الافلاخ والتوبة وازجوع الى امراد النبي صلى الله عليه وسلم والمسارعة الى ما تبين له من مذهبه بأن وضع عنه أو قاله قال مالك في العتية في قوله هوله لا أدري الوضعية أو الاقالة وكذلك كاتوارضى الله عنهم سراعاً الى امتثال أو امره واجتناب نواهيه ولذلك كانوا خيراً مرة أخرجت للناس واختارهم الله لصعوبة نبيه ونصرته رضى الله عنهم أجمعين ص » مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش قوله قضى بوضع الجائحة الجائحة اسم لكل ما يبيع الانسان وينقصه الآن هذا له عرف في الشرع واللغة فاذا أطلق فهم منه فساد الثمرة وهو الذي وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن وبهذا قول مالك اذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر وقال أبو حنيفة جيع ذلك من المشتري وبه قال الليث والشافعي في الجديد والدليل على ما نقله ما أخرجه مسلم من حديث أبي الزبير عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه علاماً يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ودليلنا من جهة القياس ان هذه ثمرة أصابته جائحة قبل أن تستغنى عن أصلها فجاز أن يرجع بها على البائع أصله اذا كان ذلك يعطش (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان دعا البائع الى رد الثمرة اليه ان لم يرض المبتاع بالمشاركة لم يكن له ذلك ووضع الجائحة عن المشتري قاله مالك في المختصر الكبير ولو شرط البراءة من الجائحة البائع لم ينفعه ذلك ووضع الجائحة قاله مالك في كتاب ابن المواز ووجه ذلك ما ذكرناه من اشتراط نقل الضمان عن محله اذا كان له عرف لا يؤثر في نقله ويصح العقد دونه * اذا ثبت ذلك فان في الجوائح ثلاثة أبواب * الباب الاول في تبين ما يكون من المتلفات جائحة * والباب الثاني في تبين ما يوضع فيه الجائحة * والباب الثالث في مقدار ما يكون من ذلك جائحة

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

(الباب الاول في تبين ما يكون من المتلفات جائحة)

اختلف أصحابنا في معنى ما يوضع من الجوائح فعند ابن القاسم ان ما لا يستطيع دفعه وان علم به فانه يكون جائحة ولا يستطيع دفعه ان علم به فلا يكون جائحة كالسارق قاله في كتاب ابن المواز وهو مذهب ابن نافع في المدونة ويؤى عن ابن القاسم في المدونة ان كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان فهو جائحة سارقاً كان أو غيره وقال مطرف وابن الماجشون لا يكون جائحة الا ما أصاب الثمرة من أمر

السما من عفن أو برد أو عطش أو فساد بجر أو برد أو بكسر الشجر وأما ما كان من صنع آدمي فيبس بجائحة فوجره رواية ابن المواز عن ابن القاسم ما احتج به له أن السارق لو علم به لا يمكنه دفعه فلا يكون ذلك جائحة لأن المبتاع حينئذ مفرط في حفظ الثمرة ومضيع لها فكان ذلك منه ووجه رواية سحنون عنه أنه من ضمان البائع فعلى أى وجه تلفت كان ذلك جائحة توضع عن المشتري لأن ما تلف لم يسلم إليه ووجه الرواية الثانية أن الثمرة في يد المبتاع قد سلمها إليه البائع على نهاية ما يمكنه من التسليم فليس عليه حفظها ولا ضمان عليه فيها إلا ما كان في جهة الأصل لاستحقاقه عليه السقي إلى تنهاى نضجها وكال صلاحها ولو كان يضمها بالسارق والعطش لكان عليه حفظها وذلك لا يقوله أحد (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الجائحة على ضربين جائحة من قبل الماء وجائحة من قبل غير الماء فأما الجائحة من قبل الماء فإن كانت من قبل العطش فقد قال مالك في الواخضة بوضع قليل ذلك وكثيره كانت شرب مطر أو غيره وكذلك قال ابن القاسم ووجه ذلك أن هذه منفعة من شرط تمامها السقي فوجب أن يوضع عن المشتري قليلها وكثيرها كمنفعة الأرض المكتراة والفرق بينهما وبين سائر الجوائح أن سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها وهذه تنفك الثمرة من يسيرها فالمشتري داخل على السلامة منها ولم يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل وأما الجائحة بكثرة المطر فهو نوع من العفن فكان حكمه حكم سائر العفن يصح كثيره دون قليله

(الباب الثاني في تعيين ما توضع فيه الجائحة)

أما ما يعتبر به في وضع الجائحة فإنه يرجع إلى معنيين أحدهما جنس الثمرة والثاني معنى يفتقر إليها فأما جنس الثمرة فهو كل بيع يحتاج إلى بقاءه في أصله وحاجته إلى ذلك تكون على ضربين أحدهما لاتناء صلاحها وطيبها كثمررة النخل والعنب إذا اشترى عند بدو صلاحه وكثرة التفاح والتمر والبطيخ والورد والياسمين والفل والجلبان والثاني يحتاج إليه لبقاء رطوبته ونضارته كثمررة العنب اشترى بعد انتناء طيبها وكالبقول والقصيل والأصول المغيبة من الجزر والسلجم والبصل والثوم فأما ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه فلا خلاف عندنا في وضع الجائحة فيه وأما ما لا يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نضارته كالتمر اليابس والزرع فلا خلاف في أنه لا يوضع فيه جائحة لأن تسليمه قد كمل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع لأنه ليس له في أصله منفعة مستتناة يستنظر استيفاءها فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة في الأصل وأما ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لحفظ نضارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه وكالقصيل والبقول والقصب والقرط والأصول المغيبة فقد اختلف أصحابنا في مسائل يجب ردّها إلى أصل واحد فروى ابن القاسم في المدينة أن من اشترى التمر في رؤس النخل قد طابت طيبا بينا فأصابها الجائحة فليس على البائع من ذلك شيء لأنه مثل ما في الخرايز وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه سئل عن قصب السكر فقال لا توضع فيه جائحة لأنه لا يباع حتى يتم وقال سحنون إذا تنهاى العنب وآن قطافه حتى لا يتركه تارك السوق يرجوه أو لشغل يعرض له لم توضع فيه جائحة وروى سحنون عن ابن القاسم في قصب السكر والخرايز وسائر البقول والقصيل الجائحة وبه قال ابن عبد الحكم وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فحين اشترى فاكهة أو رطباً طابت وأخرها رجاء النفاق فأصابها جائحة ولو عجل بها لم تصبها جائحة قال يوضع عنه الثلث وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ذلك على البائع ما لم تيبس الثمرة فعلى رواية أصبغ عن ابن القاسم لا يراعى حفظ نضارته وإنما يراعى تكامل صلاحه ويجب

أن يجري هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقرط فلا توضع جائحة في شيء من ذلك وعلى رواية سحنون توضع الجائحة في جميعه وجهر رواية أصبغ ان الضمان بجائحة الثمرة انما يلزم البائع ما بقي عليه فيها من حق التوفية لان ما يلزمه من تمام صلاح الثمرة لم يوجد فلا يصح تسليم الثمرة الا بعد وجوده فاذا وجد كمال الصلاح بعد تسليم الثمرة سقط عنه الضمان وما يرجوه المتابع من حفظ رطوبته ونضارته ببقائه في أصله فذلك حفظ لمبيع قد وجد وليس على وجه الانتظار لمبيع لم يوجد ألا ترى أن من باع منه قحاً فكاله عليه في ليل أو وقت لا يمكن نقله فان المتابع يبقى الطعام في موضعه حفظاً له الى أن يمكن نقله ومع ذلك فان البائع لا يكون ضامناً له ووجه الرواية الثانية أن بقاء الثمرة في الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود معتاد وعليه ابتاع المتابع لان في جد الثمرة جهة فساد لان ذلك يتلف رطوبتها ولا يمكن أكلها على المعهود الاشياء بعد شيء ولا يتأتى بيع جميعها ووجه جلة في الغالب فنقول ان الثمرة مبقاة في الأصل للمعنى معتاد مقصود ثبتت فيها الحكم بالجائحة كالمقابلة لتمام الصلاح ولذلك استوي في وجوب السقي على البائع فان أخرها المتابع عن المعتاد من حالها فأجبت بعد ذلك فهي منه وانما اختلف في وضع الجائحة في البقول لاختلاف قول أصحابنا في هذا الأصل فعلى القول الأول لا توضع فيه جائحة وعلى القول الثاني توضع فيه الجائحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالقول من هذا النوع الذي توضع فيه الجائحة على وجه البيع المحض مفرد عن أصله والجائحة توضع فيه فأما ما كان مهراً في نكاح فاختلف أصحابنا فقال ابن القاسم لا جائحة فيه وقال ابن الماجشون فيه الجائحة وجه قول ابن القاسم ان هذا عقد لا يقتضى المغالبة والمكاسية وانما يقتضى المواصله والمكرامة ووضع الجائحة بنا في ذلك ووجه قول ابن الماجشون ان هذا عقد ثبت فيه الرد بالعيب فثبت فيه وضع الجائحة كالبيع المحض (مسئلة) ومن اشترى عريه فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب توضع فيها الجائحة وقال أشهب لا توضع فيها جائحة ووجه ذلك ان هذه ثمرة يضمنها بخرصها ثمرا الى الجداد فسقط عنه ذلك بالجائحة كالأزكاة ووجه قول أشهب انه اشترىها للدفع الضرر وهذا اذا كانت العربية نخلامعينة وان كانت أوسقاً من حائط فلم يبق الا مقدار تلك الأوسق لزوم المتابع أداؤها بمنزلة من أوصى بثمره حائطه لانسان ولاخر منه بخمسة أوسق فتلقت الثمرة الا خمسة أوسق فان جميعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة قاله في المبسوط (مسئلة) ومن باع ثمراً حائطه واستثنى منه أصوعاً مقدرة فأجبت فقدر روى ابن القاسم وأشهب عن مالك توضع من العدد المستثنى بقدره وقال ابن القاسم في المدنية ان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع من المستثنى شيء وان بلغت الثلث وضع عن المتابع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة قال ابن القاسم وهذا بخلاف الصبرة يبيعها ويستثنى منها كيلاً يكون الثلث فأدنى فتهلك الصبرة الا ما استثنى البائع منها فان ذلك له دون المتابع والله أعلم وروى عنه ابن وهب لا يوضع من العدد المستثنى قليل ولا كثيراً جج أ كثر الثمرة أو أقلها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي مبنى على ما يقتضيه اختلاف قول مالك في المستثنى من الثمرة كيلاً فعلى ما يقتضيه قوله من أن المستثنى يتناوله البيع وارتفع بعد ذلك بعقد الاستثناء فلا جائحة فيه لان البائع ابتاع من المشتري ما استثناءه من عدد الأوسق فوجب أن يكون استثناءه مقدماً في ثمرة أو حائط ولو لم يبق من الحائط غير ذلك وعلى ما يقتضيه قوله ان المستثنى لم يتناوله البيع وانما بقاء الاستثناء على ملك

البائع فان ذلك قد صار به البائع شريكاً للبتاع فوجب أن تكون الجائحة بينهما على قدر مال كل واحد منهما من ثمرة الحائط والله أعلم

(الباب الثالث في تعيين مقدار الجائحة التي توضع)

وجملته ان المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع ثمار التين والتمر والعنب وما جرى مجراها من الجوز واللوز والتفاح فهذه يراعى في جوائحها الثلث فان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع عن المشتري منها وان بلغت الثلث وضع عنه جميعها ونوع البقول وهو سائر أنواع البقول والأصول المغيبة مما الغرض في أعيانها دون ما يخرج منها وقد تقدم من قولنا ان فيها روايتين احدهما ان في ذلك جملة والثانية اثباتها فاذا قلنا بآثار حكم الجائحة فيها فهل يعتبر فيها الثلث أم لا روى ابن القاسم عن مالك أن الجائحة توضع فيها قليلاً وكثيرها بلغت الثلث أو قصرت عنه وفي المدينة عن ابن القاسم عن مالك الآن يكون الشيء التافه وروى علي بن زياد عنه لا يوضع من جائحتها الا ما بلغ الثلث وجه رواية ابن القاسم ان البقول لما لم يجز بيعها الا عند جدها وجب أن يستوفي قليل ما يتلف منها وكثيره كالمكيل والموزون وجه رواية علي بن زياد ان هذا يبيع ثبت فيه حكم الجائحة فاعتبر فيها الثلث كالثمرة ونوع ثالث يجري مجرى البقول في أن أصله مبيع مع ثمرته ويجرى مجرى الأشجار في أن المقصود منه ثمرته كالثقلاء والبطيخ والقرع والبادنجان والقلول والجلبان فهذا روى ابن القاسم وجميع أصحابنا ان الثلث يعتبر في جائحتها وقال أشهب في كتاب ابن المواز المقاتي كالبقل توضع الجائحة فيها قليلاً وكثيرها دون اعتبار ثلث وجه رواية ابن القاسم ان المقصود من البيع الثمرة فوجب أن يكون حكمها حكم الثمرة ووجه قول أشهب ان هذا نبات ليس له أصل ثابت فلم يعتبر فيه بالثلث كالبقول (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان المبيع من الثمار في عقد واحد أجناساً مختلفة عنباً وتيناً وورماناً وسفراً وجلاًوياً يسمينا وورداً فأصيب جنس منها بجائحة وسلم سائرها فان جائحة كل جنس من ذلك معتبر بنفسه ان بلغت ثلثه وضعت وان قصرت عنه لم توضع رواه ابن حبيب عن مالك وروى ابن المواز عن أشهب ان جائحة المصاب معتبرة بالجملة سواء كان ذلك في حائط واحد أو حوائط مختلفة ووجه قول مالك ان الجائحة انما يعتبر فيها الثلث لتمييز ما ليس بجائحة من الأمور المعتادة فاذا بلغ ثلث هذا الجنس ثبت انه جائحة ووجب وضعها ولو اشترى رجل حوائط كثيرة من جنس واحد فأصاب الجائحة حائطاً منها لاعتبر ثلث الجملة وبهذا تعلق أشهب في اعتبار ثلث الجملة والأجناس (فرع) وكيف يكون الاعتبار بالثلث أم على قول أصبغ فيعتبر بثلث الجملة في الأجناس المختلفة وصفة العمل في ذلك أن ينظر الى قيمة الجنس الذي أصابته الجائحة من سائر الأجناس فان كانت قيمته ثلث الجملة حكم بجائحته ولا يعتد بثلث الثمرة اذا ذهب الجنس كله فان ذهب بعضه فان ابن القاسم ينظر الى الجنس الذي أصيب وان كانت قيمته بقدر ثلث قيمة الجملة فان أصيب ثلث ثمرته حكم بالجائحة وان أصيب أقل من ثلث الثمرة فلا جائحة فيه وان كان ذلك الجنس أقل من ثلث الجملة في القيمة فلا جائحة فيه وان أصيب جميعه وقال أصبغ انما ينظر في ذلك كله الى ثلث القيمة فان أصيب من الجنس الواحد ما في ثلث قيمة الجملة فهي جائحة وان كان أقل من ذلك فليست بجائحة وجه قول ابن القاسم ان التقويم يحتاج اليه في اختلاف الأجناس فاذا كان النوع واحداً ورجع الى الاعتبار به فلا اعتبار بقدر الثمرة كما لو كانت مفردة ووجه قول أشهب ان الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة أو بقدر ثلث الثمرة المجاحة وأما ان يعتبر

الأمران جميعاً فذلك خلاف الأصوب (مسئلة) وان كان المبيع جنساً واحداً أو أنواعاً مختلفة فأصيب نوع منها فلا خلاف بين أصحابنا في أن الاعتبار بثلث جميع المبيع وهل يعتبر بثلث قيمته أو ثلث الثمرة روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وعبد الملك أن الاعتبار بثلث الثمرة وروى عن أشهب أن الاعتبار بثلث القيمة وأما ان كان نوعاً واحداً فإنه على ضربين أحدهما أن يحبس أولاً على آخره كالتمر والعنب فهذا لا خلاف في المنهـب أن الاعتبار في جائحته بثلث الثمرة وان كان مما لا يحبس أولاً على آخره كالقثاء والبطيخ والخوخ والتفاح قال ابن حبيب وابن المواز والرمـان فهـنا يعتبر ابن القاسم أيضاً ثلث الثمرة وأشهب يعتبر بثلث القيمة وجه القول الأول ان الثلث إنما اعتبر ليميز به النقص الذي يكون جائحة من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة وذلك لا يكون إلا باعتبار ثلث الثمرة ووجه قول أشهب أن المقصود هو القيمة وبسببها يزيد الثمن وينقص وقد يكون اليسير من الثمره معظم الثمن ولو أصيب اليسير منها وقليله كيسير الثمن يلحقه الضرر كما انه اذا أصيب الكثير منها ولا قيمة له لم يلحقه كثير ضرورة (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم نظرت الى ثلث الثمرة فان بلغت الجائحة وضعت عن المشتري وان لم تبلغ الا عشر القيمة وان قصرت عن ثلث الثمرة لم يوضع عنه شيء وان بلغت تسعة أعشار القيمة وان قلنا بقول أشهب نظر الى ثلث القيمة فان بلغت الجائحة وضعت عن المبتاع وان كانت لم تبلغ الا عشر الثمرة وان لم تبلغ ثلث القيمة لم يوضع وان بلغت تسعة أعشار الثمرة ص * قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً ولا يكون ما دون ذلك جائحة * ش وهذا كما قال ان الجائحة التي توضع هي ما بلغت ثلث الثمرة أو القيمة على ما تقدم وان قصرت عن ذلك في الثمار لم يوضع عن المشتري وهو معنى قوله فلا يكون في ذلك جائحة وقال الشافعي يوضع قليل ذلك وكثيره في الثمرة وغيرها والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان الثمار لا تنفك من ذلك ولا تسلم من يسير العفن وأكل الطير فهذا مما دخل عليه المشتري فلا يكون له الرجوع به ولو كان له الرجوع به لما صح بيع ثمر أبداً لانه لا يصح أن يسلم جميعها بوجه لان كل بيع يتعين فيه يتعذر فيه تسليم المبيع باطل ولما أجمعنا على صحة بيع الثمرة وصحة وضع الجائحة على أن الذي يوضع ما ينفك عنه غالباً تلف الكثير (مسئلة) فان أصابت الجائحة معظم الثمرة لزم المبتاع قيمتها بخلاف من اشترى صبرة طعام أو غيره فاستحق معظمها أو اشترى طعاماً على الكيل فذهب معظمه قبل الكيل فأنما لا يلزم المبتاع بقيته والفرق بينهما أن الجوائح معتادة لا تسلم الثمرة من يسيرها وكثيرها متكرر فيها فالمبتاع يدخل على الرضا بما بقي منها ولذلك لزمه النقد فيها ولو لم يلزمه الباقي لما جاز النقد فيها بالشرط وليس كذلك استحقاق الصبرة أو اتلاف بعض الصبرة المستراة على الكيل فانه نادر والمبتاع لم يدخل عليه ولذلك جاز له النقد فيه

* قال مالك والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً ولا يكون ما دون ذلك جائحة *
* ما يجوز في استثناء الثمر *
* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع تمر حائطه ويستثنى منه

* ما يجوز في استثناء الثمر *

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم بن محمد كان يبيع تمر حائطه ويستثنى منه * ش قوله كان يبيع تمر حائطه يبيع تمر حائطه على ثلاثة أضرب أحدها أن يبيع منه مكيلاً معروفة والثاني أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا صاعاً بالخرص والثالث أن يبيعه منه جزافاً فأما بيع الأصوع منه فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى * وأما ان باعه على أن فيه كذا وكذا صاعاً على التحري فقد قال الشيخ أبو القاسم ذلك غير جائز قال القاضي أبو محمد لان التحري فيه من باب

الغرر وقاسه على الصبرة من الطعام لا يجوز بيعها على التحرى على ان فيها عدد أصوع ووجه هذا عندى أن الاعتبار في مقدار ما يبيعه بالتحرى والكيل يكثر به الغرر والخطر لاجتماعهما * وأما ان يبيعه جزافا فان ذلك جائز ولا خلاف فيه ووجه ذلك انه متى يتأتى فيه الخبز فجاز بيعه جزافا (فصل) وقوله ويستثنى منه يحتمل أن يريد به كيلا ويحتمل أن يريد جزأ شائعا ويحتمل أن يريد تخللات يختارها فأما استثناء الجزء الشائع منه فانه جائز ان كان أقل من النصف وان كان أكثر من النصف فالذى عليه مالك وأصحابه ان ذلك جائز أيضا وعبد الملك بن الماجشون لا يجيز استثناء الأكثر من الجملة بوجه وقد ذكرناه في أحكام الفصول ووجه قول مالك ان الغرض معلوم من ذلك عار من الغرر فوجب أن يصح لانه اذا قال له أبيعك هذا الحائط الأتسعة أعشاره المفهوم بعتك عشرة وذلك جائز وهذا الخلاف انما يرجع الى اللفظ والله أعلم وأحكم وسيأتى الكلام على القسمين الباقيين ان شاء الله تعالى ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر ان جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الفرق باربعة آلاف درهم واستثنى منه ثمانمائة درهم ثمرا * ش قوله استثنى منه يريد من ثمره وقوله ثمانمائة درهم لا يخلو أن يكون استثنى منه جزءا شائعا على مثل هذا الغرر أو استثنى منه على كيل معلوم بسعر معلوم قدره فان كان استثنى منه جزءا شائعا فذلك ما قدرناه لانه استثنى منه الثلث الخمس وان كان استثنى منه على الكيل بسعر متقرر فيجوز أن يستثنى منه قدر الثلث فأقل من الثمرة ولا ينظر الى الثمر لانه لو قدر هذا بالثمر لجاز أن يستثنى منه الأكثر وذلك غير جائز على ما سنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى ص * مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة ان أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثنى منها قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك * وهذا كما قال ان مذهب أهل المدينة على ما ذكره ان من باع ثمرة حائطه جزافا فان له أن يستثنى منه كيلا ما بينه وبين الثلث خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يجوز أن يستثنى منه قليلا ولا كثيرا والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك أن هذا الاستثناء لا يدخل غررا في المبيع فلم يمنع صحة العقد أصل ذلك اذا استثنى جزءا شائعا (مسئلة) وله أن يستثنى ذلك بسرا أو رطباً أو تمرأ قاله أصبغ ووجه ذلك أن المستثنى يبقى على ملك البائع فايفسده بقاءه على ملك البائع لا يفسد للجهل بماله أصل ذلك سائر املاكه (مسئلة) وهذا اذا كان الحائط نوعا واحدا فان كان أنواعا كثيرة فاستثنى منه من كل نوع قدر ثلثه جاز ذلك وان استثنى من نوع من أنواعه أكثر من ثلثه الا أنه أقل من ثلث الجملة روى في العتبية أشهب عن مالك له أن يستثنى منه قدر ثلث الثمرة المبيعة ومنع من ذلك ابن القاسم وأشب ور واه ابن المواز عن مالك وجه الرواية الاولى ان الاعتبار بثلث الحائط في الاستثناء لأن الغرر انما يبقى في الكيل دون القبة ولا يبقى هذا أكثر من انه استثناء من أفضل أنواع الحائط وتلك صفة رخصها المبتاع لا تدخل غررا في الكيل والقدر فوجب أن يصح وجه الرواية الثانية ان الغرض قد يكون في نوع منه ويشترى الجملة لاجله واذا استثنى منه كيلا أكثر من ثلثه أدخل غررا في المقصود من البيع وربما استثنى منه ما يقصر عنه جميعه (مسئلة) ولو باع منه صبرة طعام جزافا لكان حكمها في جواز استثناء ثلثها بالكيل ومنع ما زاد على ذلك حكم الثمرة وحكى القاضي أبو محمد عن ابن الماجشون انه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة قليلا ولا كثيرا كيلا ولا جزءا مشاعا قال ور واه عن مالك وأخيه بذلك ان الجزاف انما جاز بيعه للضرورة لا ليريد

* وحدثنى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر أن جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الفرق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه ثمانمائة درهم ثمرا * وحدثنى عن مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تبيع ثمارها وتستثنى منها * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الرجل اذا باع ثمر حائطه ان له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك

البائع أن يزيل عن نفسه مشقة الكيل والوزن فاذا استثنى منه جزأ فلا بد له من الكيل فلا يقصد الا الحاطرة في قدر المبيع والفرق بين الصبرة والتمر ان الثمرة لا يتأتى فيها الكيل والصبرة يتأتى فيها الكيل وهذا عندى يكون فيه قولان على حسب اختلاف القول في استثناء المبتاع بعض الثمرة المأبورة مع الاصل وبعض الثمرة التابعة للدار المكتراة فهذا على تسليم هذه العلة زاد على منعها وقوله ان الجزاف في البيع أصل في نفسه لما قدمناه من تأتى الحزر فيه فلا يلزم ما قاله عبد الملك

(فصل) وقوله ما يئنه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك يريد ان استثناء ما زاد على قدر ثلث الثمرة بالكيل يكثر به الغرر فلا يجوز ذلك فان وقع ذلك ففي المدينة عن عيسى يفسخ البيع فان كان المبتاع قد جدها وقد قبض البائع ما استثناء رد المبتاع كيل الثمرة الذى أخذ ان عرف كيلها وان لم يعرف كيلها فقيمتها خرس ذلك لان هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل ص * قال مالك فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عدد ما فلا يرى بذلك بأساً لان رب الحائط انما استثنى شيئاً من ثمر حائطه نفسه وانما ذلك شيء احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ما سوى ذلك * ش استثناء الرجل من حائطه في البيع عدد نخلات يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يعينها وذلك لا خلاف في جوازها لانه أوقع البيع على سائرها وهو معين والثاني أن يطلق القول فيقول أبيع منه هذا الحائط غير أربع نخلات أو خمس فهذا البيع جائز لان له وجهاً في الصحة ومخرجا توجه اليه وذلك انه يكون شريكاً بما استثناءه من العدد في عدد جميع الحائط فان كان استثنى خمسة الحائط خمسون كان له عشر الثمن مشاعاً وان كان الحائط أربعين كان له ثمن الثمر وعلى هذا الحساب يكون شريكاً (مسئلة) وان كان البائع شرط اختيار ما استثنى منها فان كان استثنى الكثير لم يجز ذلك وان كان استثنى اليسير جاز ذلك عند مالك ومنع منه ابن القاسم وجه قول مالك ما احتج به من ان المستثنى ليس يمتنع فلا يفسد بغيره ولا شيء مما تنفسد به البيوع ومعنى ذلك عندى ان ما يجوز في اختياره من أن يأخذ شجرة ثم يتركها ويختار غيرها انما يفسدها ما انتقل الى المختار على غير وجه البيع أو كان باقياً على الملك فان ذلك لا يؤثر فيه ووجه قول ابن القاسم انه لا يجوز للبائع استثناء ما يختارها من الحائط لجواز أن يختار ثمرة ثم يتركها ويأخذ غيرها فيدخله التفاضل في المعلوم ومثل هذا يجوز على البائع في اختياره فيجب أن لا يجوز كما لا يجوز اختيار المبتاع (مسئلة) وان كان المبيع مما يجوز فيه التفاضل واشترط البائع اختيار عدد كبير منه لم يجز وان اشترط اختيار يسير منه جاز وجه ذلك أنه اذا اشترط الكثير ذهب بمعظم الجملة فدخل كثير الغرر فباقى منها أو الجهل بصفاتها وتفاوت التغير فيها فعد ذلك بفساد العقد وان اشترط اليسير منها بقى معظم الجملة فقل الغرر فيها وتفاوت أمرها ويجوز من المبتاع الانتفاع على اختيار الكثير والقليل والفرق بينهما ان باقى للبائع بعد اختيار المبتاع ليس بمبيع فلا يؤثر فيه الجهل بصفته ولا كثير الغرر وما بقى للمبتاع بعد اختيار البائع هو المبيع ففسد البيع بكثرة الغرر وجهله بالصفة

* ما يكره من بيع الثمر *

ص * مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثمر بالتمر مثلاً بمثل فقيل له ان عاملك على خير يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

* قال مالك فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عدد ما فلا يرى بذلك بأساً لان رب الحائط انما استثنى شيئاً من ثمر حائطه نفسه وانما ذلك شيء احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه وباع من حائطه ما سوى ذلك * ما يكره من بيع الثمر * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثمر بالتمر مثلاً بمثل فقيل له ان عاملك على خير يأخذ الصاع بالصاعين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

أدعوه لي فدعى له فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أتأخذ الصاع بالصاعين فقال يا رسول الله لا يبيعونني الجنيب بالجمع صاعا بصاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أبيع بالدرهم ثم أتبع بالدرهم جنيبا * مالك عن ابن عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خير فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خير هكذا فقال لا والله يا رسول الله أنا لأأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعل ذلك بجمع الدرهم ثم أتبع بالدرهم جنيبا * ش وهكذا قال يحيى بن عبد الحميد والرواة يقولون عبد الحميد وقوله صلى الله عليه وسلم التمر مثل المثل يريده صلى الله عليه وسلم أن هذا حكم يبيع بعضه ببعض وإذا اختص هذا الحكم به لم يكن له حكم مباح غيره يحرم التفاضل فلا خلاف في ذلك في الأربع المسميات البر والشعير والتمر والملح وقد ذكرت كلها في حديث أخرجه مسلم من حديث أبي زرعة عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو أزداد فقد أربى لا ما خلت أو زانه وأخرجه من حديث عبادة بن الصامت قد ذكر الأربع المذكورة وذكر معها الذهب والفضة وهذا الحديث وإن كان في أسناده بعض المقال فهذا المقدار منه قد تلقته الأمة بالقبول فوجب الحكم بصحته وذهب فقهاء الأمصار وجاعة الناس إلى أن هذه المسميات أصول في تحريم التفاضل لفروع لاحقة بها على اختلافهم في أعيان تلك الفروع واختلاف المعاني المتعدية إليها وذهب أهل الظاهر إلى أن تحريم التفاضل مقصور عليها دون سائر المطعومات والدليل على تحريم التفاضل في الأربع قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والزيادة فوجب أن يكون التفاضل حراما في كل شيء لحق العموم إلا ما خصه الدليل

(فصل) إذا ثبت ذلك فاختلف الناس في علة تحريم التفاضل في الأربع المسميات فروى مالك عن سعيد بن المسيب أن العلة عنده الكيل أو الوزن فيأبوا كل أو يشرب وقال أبو حنيفة العلة في ذلك جنس مكيل أو موزون وقال الشافعي علة ذلك أنه مطعوم جنس فاختلقت عبارات أصحابنا في ذلك فاختلف القاضي أبو اسحق أنه مقتات جنس ومذهب مالك في الموطأ أن العلة الاقتيات والادخار للكل غالبا واليه ذهب ابن نافع وإن خالفه في معنى الادخار للكل على ما سنبينه إن شاء الله تعالى قال مالك فلا تجوز الفواكه التي تيس وتدخل الادخار للمكليات فلا يجزى الربا في الفواكه التي واحد وجى على ما روى عن مالك أيضا أن العلة الادخار للاقتيات فلا يجزى الربا في الفواكه التي تيس لأنها ليست بمقتات ولا يجزى الربا في البيض لأنها وإن كانت مقتاتة فليست بمذخرة * قال القاضي أبو الوليد وهذا القول عندي أجري على المذهب وعلى ما يتعلق به أصحابنا من الحديث فالخلاف بيننا وبين أبي حنيفة في فصلين أحدهما أننا نراعي الاقتيات وهو لا يراعيه بل يعدي ذلك إلى كل موزون والفصل الثاني أننا نعدي العلة إلى قليل المقتات الذي لا يتأتى فيه الكيل وهو لا يعديها إليه ويجوز فيه التفاضل والخلاف بيننا وبين الشافعي في فصل واحد وهو أنه يعدي العلة إلى كل مطعوم من السقمونيا وشعم الخنظل والادوية وغيرها ونحن نقصرها على ما يقتات من المطعوم ولنا في الدلالة على ما قلناه طريقان أحدهما أن ندل على صحة ما ذهبنا إليه والثاني أن ندل على فساد ما ذهبوا إليه والدليل لنا على صحة ما ذهبنا إليه أن النبي صلى الله عليه وسلم نص

على التماثل في الأربع المسميات على ما تقدم في الحديث فلنا فيه دليلان أحدهما أنه صلى الله عليه وسلم لما نص على أربعة أشياء مختلفة الاسماء والجنس علمنا أنه قصد إلى ذكر أنواع الجنس الذي يجري فيه الرابولم يذ كر الخربز والطبخ ليسل به على الفواكه الرطبة ولا ذ كر السقمونيا ولا الطباشير ولا الاسارون لينبه به على الادوية ولا ذ كر الجير ولا الرماذ لينبه به على المكيل والموزون فكان الظاهر من ذلك أنها ليست من أنواع الجنس فان الجنس لا يخرج عن حكم الأربع المسميات التي نص عليها ووجه ثان وهو انه لا خلاف أنه قصد به هذه الأربع المسميات إلى التنبية على علة الربا فيها فأتى بالفاظ مختلفة الجنس والمعنى وهذا يقتضى أن العلة أخص صفة توجد فيها ووجدنا التمر يؤكل قونا ويؤكل حلاوة وتفكها فلو لا اقتران الخنطة والشعير به للحقت به الحلاوات والفواكه خاصة ووجدنا الشعير يؤكل من أدنى الاقوات ويكون علفا فلو لا اقتران الخنطة والتمر به لجاز أن يلحق به أدنى الاقوات خاصة دون أعلاها ولجاز أن يلحق به العلف من القضب والقرط ووجدنا الملح مما يصلح الاقوات ويطيبها فلو لا اقتران القمح والشعير به لجاز أن يلحق به الاقوات المصلحة ولجاز أن يلحق به الماء والبقول التي يصلح بها الطبخ ووجدنا البر أرفع الاقوات وما يقتات عاما فلو لا اقتران التمر والشعير به لقصرتا حكمه على رفيع الاقوات ومنعنا الربا أن يجزى في أدونها أو يجزى في الارز وغيره مما لا يميم اقتبانه ولو أراد عموم العلة لا كفى باسم واحد منها لأنه لا خلاف ان كلما كثرت أوصاف العلة كانت أخص وكلما قلت كانت أعم وأما الدليل على ابطال ما قالوه ان كل جنس ثبت فيه الرابطة فان اختلاف الصفات عليه مع بقاء عينه لا يغير حكمه ولا يخرج عن علة كالذهب والفضة وبيان ذلك أن الدنانير والدرهم لما ثبت الرابطة بعلة الوزن عندهم وبعلة أنها أصول الايمان وقيم المتلفات عندنا لم يزل حكم الرابطة على أى وجه كانا من نقر أو تبرأ وسكة أو صياغة جرت موزونة أو عسدا ثم نظرنا في الخنطة اذا طحنت وخبرت فانها لا تخلو من أحد أمرين اما أن يكون الرابطة ثابتا فيها أو غير ثابت فان كان ثابتا حصل ان اختلاف الصفات عليها أخرجهما عن علتها في الرابطة وأوجب أن يعلل الرابطة بعلة أخرى وذلك مؤذن ببطلان العلة الأخرى وان كان غير ثابت وجب أن يكون اختلاف الصفات على الجنس الذي ثبت فيه الرابطة يابسقط الرباعنه وذلك باطل باتفاق

(فصل) وأما الدليل على الفصل الثاني وهو ان الرابطة يجري في قليل الخنطة فهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال التمر بالتمر مثلا يمثله والخنطة بالخنطة مثلا يمثله والشعير بالشعير مثلا يمثله والملح بالملح مثلا يمثله وهذا عام ودليلنا من جهة المعنى ان كل جنس حرم التفاضل في كثيره فانه يحرم في قليله كالذهب والفضة ومما يختص بالساقى ان علة الرابطة التفاضل لما تعلق بالجواهر المعدنية تعلقت بأرفعها وغوالذهب والفضة دون أدونها وهو الرصاص والآلنك والنحاس واذا تعلق بالمطعموم وجب أن تتعلق بأرفعه وهو المقتات دون غيره (مسئلة) اذا ثبت ان العلة الاقليات فان الحكم يقصر على كل ما كوله مقتات دون ما يؤكل على وجه التفكه أو التداوى فجبرى الرابطة في الخنطة والشعير والسلت والعلس والارز والدخن والذرة والقطنية والتمر والزبيب والعسل والسكر والزيت على اختلاف أنواعه واللحم واللبن وما يكون منه والملح والابزار والفلفل والكرويا وحب الكنز بر والقرقة والسنبيل والخردل والقرطم وفي كتاب محمد بن القاسم وودك الروس وغير ذلك مما يقتات على اختلاف عادات البلاد في ذلك واتفاقها (مسئلة) واختلاف

أصحابنا في الشهر والائيسون والكمونين فقال ابن القاسم هي مما يجري فيها الزبالانها من الأقوات
وقال أصبغ لا يجري فيها الزبالانها أكثر ما يستعمل على وجه التساوي وبه قال ابن المواز وجه
ما قاله ابن القاسم ان الثمار والائيسون والكمون الاسود يستعمل في الخبز على معنى تطيبه
وتحسين طعمه والكمون الابيض يستعمل في الطبخ كالفلفل ووجه قول أصبغ ان الخبز
لا يستعمل فيه صناعة الازار غالباً ولا يدخل فيه فلا تأثير لها في اصلاح القوت على الوجه المعتاد
(فصل) وأما من جعل من أصحابنا وصف العلة الادخار للكل دون الاقتيات فانه يحرم الربا في
الجوز واللوز والبندق والصنوبر والفسق وأتوا في الفواكه كلها التي تدخر وبه قال ابن نافع وابن
حبيب واختلفوا في الفواكه التي يقل ادخارها كالخوخ والمان والاجاص وعيون البقر
والموز مما يدخر ويبس ففي المدينة من رواية يحيى عن ابن نافع انه لا يجوز التفاضل فيها لانه يدخر
ويبس وقال مالك في الموطأ انه يجوز التفاضل في الرمان زاد عيسى عن ابن القاسم في المدينة
والخوخ والاجاص وعيون البقر لانه لا يبس وان يبس لم يكن فاكهة واتفق مالك وابن نافع على ان
البطيخ والخربز والقثاء والاترج والخوخ يجوز فيه التفاضل فوجه قول مالك ما احتج به من ان
هذه التي نص عليها لا تبس ولا تدخر غالباً ومنها ما لا يبس بوجه كاللوز وأما الرمان فان يبس خرج
عن حكم الفاكهة وغيرها مما يبس كالخوخ والاجاص والكمثرى فانه لا يبس غالباً ولا تطل
الاحكام ما ينذر وهذا على ما أصاب اليه ابن القاسم وأما على ما نص عليه مالك من الرمان فانه على
ما قاله ما يبس منه لا يكون فاكهة فحكمه في الفاكهة حكم ما لا يبس بوجه كالبطيخ والقثاء ووجه
قول ابن نافع ان هذا مما لا يدخر للكل ويبقى بأيدي الناس على حاله المدة من العام فجري فيه الربا
كالجوز وأما قوله مما يدخر فسائغ في جميع ما نص عليه وأما قوله ويبس فانه راجع الى غير الجوز
ويحتمل أن يرجع الى الرمان بمعنى انه يبس قشره الاعلى الحافظ لوطوبه الحب والله أعلم
ويجب أن يلحق بهذه المسئلة المختلف فيها البرقوق والجراسيا فانها يربيان على وجه ما رتب
عليه الخوخ والكمثرى والتفاح والله أعلم ومن جعل العلة الاقتيات لم يجز الربا الا في كل مقتات
مدخر وأما ما يكون مدخراً غير مقتات كالجوز واللوز ومقتاتاً غير مدخر كالبيض فلا يجري
في شيء من ذلك الربا وعلى المذاهب الثلاثة فلا يجري الربا في الفواكه الرطبة من التفاح والرمان
والكمثرى وعيون البقر والخوخ وان كان بعضها يدخر فلا يس ذلك بمقتادها

(فصل) وقوله في الحديث فليل له ان عاملك على خبير يأخذ الصاع بالصاعين ظاهره ان تصرف
التفاضل في ذلك لم يكن بعد فاشيا ولعله ان يكون ذلك بقرب حدوث هذا الحكم ولذلك لم يصلم به
عامله ولا علم به من علم استجازه عامله للتفاضل فيه ولم ينكره ولا انتهاء الى النبي صلى الله عليه وسلم ولا
شك انه لا يقدم على خبير عامل الا من يفقه ويعلم صلاح حاله ولذلك لم ينكره أصحابه على العامل حين
علموا عمله به حتى سمعوا من النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه ان العامل بخير يعمل به ولعل ذلك
الوقت كان وقت ثبوت هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم ادعوه لي ظاهره والله أعلم ليعلم منه ما تقدم من فعله في هذا الحكم
وليعلم منه من مخطوئه في المستقبل فاما سأل عنه وأخبره انه كان من فعله وان الداعي له الى ذلك التفاضل
التي وان لا يجد من يعطيه الجيب الردى منها لانها عن فعله في المستقبل وبين له الطريق الى
تجصيل غرضه من أخذ الجيد والخروج عن الردى بأن يبيع الجميع بالدرهم ويتبع بها الجيب ومن

يثق الله يجعل له مخرجا ولم يرد من طريق صحيح في هذا الحديث بعينه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر العامل برديعه وان كان روى أمره بذلك في بعض الاحاديث من حديث بلال من رواية مسروق عنه قال كان عندى تمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدت تمرا أخير منه فاشتريت صاعا بصاعين فأتيت به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما هذا فقلت له اشتريته صاعا بصاعين فقال رده ورد علينا تمرنا وذا أخرج البخارى هذا الحديث من غير طريق صحيح وليس فيه هذه الزيادة رده ورد علينا تمرنا قال كان لم يؤمر هذا برديعه فيحتمل أن يكون لم يؤمر به لانه كان يبعه قبل التحريم للسامع من يستحله ويرى استدامته من أهل الكتاب ألا ترى انه لو تعامل بذلك كتيان ثم أسلم أحدهما بعد أن تقابضا فانه لا يرده شي منه ولذلك لم يرده شي من يباع من أسلم من المشركين ولا رجع النساء عليهم بمهورهن وان كان منهما ما لا يصح أن يكون مهرا (مسئلة) وان اسلم أحدهما بعد قبض أحد العوضين وقبل قبض الثانى فكان الذى أسلم من له الفضل لم يأخذه الا مثل ما أعطى ولا يجوز له أن يأخذ الربا والأصل في ذلك قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بينكم من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فأنذروا يجرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ودليلنا من جهة السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وضع ربا العباس بن عبد المطلب (مسئلة) فان اسلم الذى عليه الحق فعن مالك في ذلك روايتان احدهما انه قال ان لم أوجب عليه الا ما أخذ أخاف أن أظلم الذى والثانية انه قضى عليه بآر بمثل أن يكون عليه ديناران سلم اليه فيهما دينار فانه يقضى على المطلوب بالدينارين وقال ابن القاسم من أسلم منهما ما وجب اسقاط الربا وتراجعا غيره وجه ما قاله مالك ان تعامل ما حين العقد لم يمنع الاسلام والذى له الحق مستديم استباحته لان الاعتبار بوقت العقد لا بوقت الاداء وما قاله ابن القاسم مبنى على أن رايى وقت التعامل ووقت الاداء فهو في وقت الاداء حكم بين مسلم وكافر فيجب أن يغلب فيه حكم الاسلام

(فصل) وان ثبت حديث بلال انه أمره بالرد فيحتمل أن يكون فعل ذلك بعد ثبوت حكم التحريم وتكذلك يجب أن يكون حكم ما وقع منه اليوم بين المسلمين سواء وقع ممن علم بتعريمه من المتبايعين أو أحدهما أو جهلا جميعا

(فصل) وقوله فجاءه بتمر جنيب روى ابن حبيب عن عبد الملك الجنيب الكيسى وقال أبو الطاهر المصرى الجنيب الذى ليس فيه خلط والجمع المختلط وقال كراع فى المنظم الجنيب من التمر هو المتين ص مالك عن عبد الله بن زيد أن زيدا أباعياش أخبره انه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد أيتهما أفضل فقال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سعد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا يس فقالوا نعم فنهى عن ذلك ثم البيضاء هي المحمولة وهي نوع من الخنطة يكون بمصر والسمراء نوع آخر يكون بالشام وهي أفضل جودة من المحمولة فسؤال سعد أيتهما أفضل فى السلست بالمحمولة لا يخلو أن يريد به أفضل فى الصفة أو القدر وفى المدينة سألت عن كراهية سعد البيضاء بالسلست هل عليه العمل فقال مضت السنة أن لا بأس بذلك يدايد ومثلا بمثل فان كان المسئول قد جاب عما سئل عنه خاصة فقد حل ذلك على التفاضل فى الصفة والأظهر عندى انه يريد والله أعلم أفضل فى القدر يعنى بذلك أكثر كيلا وفى هذا أمران أحدهما انه لا يخفى على سعد ولا غيره أن الخنطة أفضل عينا من السلست والثانى انه استدلى سعد على ما نهى عنه بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الرطب

* وحديثى عن مالك عن عبد الله بن زيد أن زيدا أباعياش أخبره انه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلست فقال له سعد أيتهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سعد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا يس فقالوا نعم فنهى عن ذلك

بالتمر لاجل التفاضل ولو منع من ذلك لجودة العين لما صح استدلاله بذلك ونهى سعد عن التفاضل في السلت بالبيضاء يقتضى انهما عنده جنس واحد ولذلك أخذ حكمهما من منع التفاضل في الرطب بالتمر وهذا مذهب مالك ان السلت والخنطة والشعير جنس واحد في الزكاة وفي منع التفاضل وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأخذ سعد حكم السلت بالبيضاء من حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الرطب بالتمر دليل على قوله بالقياس وعلى هذا جاعة أصحابه فلا أعلم أحدا منهم يحفظ عنه قصة أو دعوى أو قضية الا وجيعها أو معظمها القياس

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن الرطب أينقص اذا يبس تعليم للقياس وتبنيه عليه لانه لا يخفى على أحد أن الرطب ينقص اذا يبس ولكنه صلى الله عليه وسلم أراد أن يبينهم بذلك على علة التحريم وهو التفاضل في هذا الجنس بعضه ببعض وان رطبه وان كان فيه غرض لا يكون في يابسه فانه لا يخرج بذلك عن جنسه ولا يجوز التفاضل بينهما لما ينفرده أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض اذا اتفقا في معظمها ورأيت في بعض الروايات عن أبي مصعب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن حوله أينقص الرطب اذا جف وذلك يقتضى انه أراد تعليم جميعهم وتقريرهم على أن علة المنع موجودة مسامة باتفاق ولما قالوا نعم نهى عن بيع الرطب بالتمر فاقتضى ذلك منع التفاضل فيه ولذلك اعتبر نقصانه واقتضاه بمنع التساوى فيه ولذلك اعتبر النقصان بالجفوف أيضا وبهذا قال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء وقال أبو حنيفة يجوز بيع الرطب بالتمر متساويا ودليلنا حديث سالم المتقدم عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبعوا التمر حتى يبدو صلاحه وقال لا تبعوا التمر بالتمر وحديث عبد الله بن عمر الذي أتى بعده هذا من الأصل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا وهذا عام فيعمل على ثبوته الا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذا الجنس فيه الرابيع منه مجهول بعلوم فلم يجز أصله بيع الشيرج بالسهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ما كان أصله الجنس الواحد فصار على صنفين مختلفين يختلف بهما اسمه والغرض منه فلا يجوز بعضه ببعض متساويا كالبلح الصغير والكبير والرطب بالتمر لا يجوز شيء من ذلك بما خالف صنفه (مسئلة) فأما بيع الرطب بالرطب متساويا فراه مالك وأبو حنيفة ومنع منه عبد الملك بن الماسون وبه قال الشافعي والدليل على ما نقوله ان كل جنس يجوز التساوى بعضه ببعض حال الجفوف فانه يجوز التساوى فيه ما حال رطوبته كالجنين بالجنين والزبيب بالزبيب (مسئلة) فان كان التمر قد أنصف بأن يكون نصف التمر بسرا ونصف التمر قد أرطب فهل يجوز بيع بعضها ببعض

﴿ ما جاء في المزابنة والمحاقلة ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا بالزبيب كيلا ﴾

﴿ ما جاء في المزابنة والمحاقلة ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا ﴾ ش قوله نهى عن المزابنة والمزابنة اسم لبيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس يابس ومجهول منه بعلوم وذلك أن الرطب وان عرف كيله في نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذي يؤخذ عوضا منه ولعله أن يكون مأخوذا من الزبيب وهو الدفع عن البيع الشرعي وعن معرفة التساوى وقال ابن حبيب الزبيب والزبان هو الخطر والخطار (فصل) وقوله والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا يقتضى أن يكونا مكيلين لانه حال أحدهما ويجوز أن

يكون تفسير من النبي صلى الله عليه وسلم ويصح أن يكون تفسير من الراوى إلا أن الأظهر أنه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لا تصاله بقوله وإن كان من قول الراوى وهو ابن عمر فهو حجة لأن هذا أمر طريقه اللغة وابن عمر حجة في ذلك وقد روى غيره هذا التفسير فيه فروى زياد بن أيوب دلويه عن ابن عليه عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة أن يبيع ما في رؤس الخيل بقر بكيل مسمى أن زاد في وإن نقص فعلى والجواب أنه قد ورد فيه التفسيران وما قلناه أصح لأنه رواه عن مالك في تأليف مشهور جماعة يبلغون التواتر وروى التفسير الذي ذهبتم إليه زياد بن أيوب وقد رواه عن مالك من حديث أبي سعيد الخدري فيجب أن يكون البيعان ممنوعين فإن اسم المزابنة واقع عليهما

(فصل) وقوله وبيع الكرم بالزبيب كيلا يريد العنب وسمى العنب كرمًا وإن كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز والاتساع كما يسمى الشيء باسم ما جاوره أو كان منه بسبب وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فأنما الكرم قلب المؤمن قال ابن الأنباري إنما سمي الكرم كرمًا لأن الخمر المشروبة من عنقه تحت على السقاء وتأمر بمكارم الأخلاق فنكره النبي صلى الله عليه وسلم أن يسمى أصل الخمر باسم مأخوذ من الكرم وجعل المؤمن أحق بهذا الاسم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون معناه أن العنب وإن كان فيه منافع ورزق وخصب لمن رزقه فإن قلب المؤمن أكثر خيرا وأنفع لنفسه وللناس ولم يرد ذلك النبي عن أن يسمى الكرم كرمًا ولذلك لم ينقله الناس عن النبي ولا امتنعوا من تسمية شجر العنب كرمًا ولكنه إنما أراد به تفضيل قلب المؤمن عليه كما قال صلى الله عليه وسلم ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب فهو الذي يظهر لي فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما بيع التمر بالتمر كيلا فإنه متأت فيه وباعتبران جميعا وأما العنب بالزبيب كيلا فإن ذلك غير متأت فيه إلا الوزن ولا يباع العنب كيلا بوجه ويحتمل أن يريد بذلك صلى الله عليه وسلم أنه لا يصح بيع أحدهما بالآخر بالوجه الذي يقوم مقام الكيل في معرفة التساوي ووجه آخر وهو أنه قد يسمى الوزن كيلا فيقال هذه عشرة دراهم كيلا ويحتمل أن يريد به العنب جزاء والزبيب كيلا ويحتمل أن يريد به أن يتحرى في العنب مكيلا الزبيب وقد اختلف قول مالك في إجازة التحرى فيما يحرم فيه التفاضل فأجازه في البيض بالبيض والخبز بالخبز واللحم باللحم وفي الخالوم الرطب باليابس وفي الزيتون الغض بالمالح في كتاب محمد وأجازه مع القول بإباحته في القديد باللحم الطرى مرة ومنعه أخرى وروى في الواضحة أنه قال وما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام والادام لا يجوز قسمته تحريا وكذلك السمن والزيت والعسل لا يجوز إلا كيلا أو وزنا واختلف أصحابنا في تأويل ذلك فمنهم من قال إن ذلك على روايتين فإنه جوزه على إحدى الروايتين على الإطلاق ومنهم من قال إن ذلك لا يختلف جالين فيجوز مع تعذر الموازين وينع مع وجودها ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي بكل حال والدليل على ما نقوله أن هذا معنى وضع في الشرع لمعرفة المقدار فجاز أن يعتبر به المبيع كحرص العربية والزكاة (مسئلة) فإن قلنا يجوز ذلك في أي شيء يجوز المشهور عن مالك أنه يجوز في الموازين دون المكيل والمعدود رواه عنه ابن المواز وغيره وهذا عندى مبنى على قول من قال إن ذلك ممنوع إلا في الأسفار وحيث تعدم الموازين وأما على قول من حل ذلك على الإطلاق مع القدرة على الموازين وهو الأظهر لتجوز السلم في اللحم بالتحرى فإنه يجب أن يجوز ذلك في المكيل - ووجه ذلك أن الكيل يعدم

كما لعدم الميزان والقبضة فليست بمقدار صحيح لانه لا يتأتى فيها المساواة لتعذر بقائها على شكل واحد وهيئة واحدة من القبض والبسط بخلاف المكيل المعتاد (فرع) فاذا قلنا ان التعرى فيما يحرم فيه التفاضل جائز فانه يجوز في يسيره دون كثيره لان كثيره يتعذر فيه التعرى ويخاف فيه الخطأ وقلة الاصابة قاله ابن القاسم (مسألة) وأما ما يجوز فيه التفاضل من المطعومات فانه يجوز في قليله وكثيره رواه ابن حبيب عن يرضى من أصحاب مالك والفرق بينه وبين ما يجري فيه الربا أنه لا يخاف فيه التفاضل الذي يحرم فيما يحرم فيه الربا

(فصل) اذا ثبت جواز التعرى فقد جوزه مالك في الخبز بالخبز والبيض بالبيض واللحم باللحم أما الخبز بالخبز فالذي قاله أصحابنا انه يتعرى ما فيه من الدقيق دون وزن الخبز قالوا لان الخبز بعضه أرطب من بعض فلا تصح المماثلة فيه بالوزن وهذا لا يكاد أن يصح على مذهب مالك المعروف وانما يصح على أصل ابن الماجشون في اعتباره بالرطوبات الباقية في حال الادخار ولذلك منع التمر القديم بالحديث وأما مالك فان ذلك عنده على ضربين أحدهما أن لا يؤكل المطعوم مع الرطوبة الحادثة فيه غالبا كالقول المتبول والقمح المتبول والعجين فانها تمتنع صحة التساوى والثاني أن يؤكل بوجودها غالبا كرطوبة الرطب والعنب والخبز وخل التمر والعنب والخميض فان ذلك كله لا يمنع صحة التساوى طارئة كانت أو أصلية فعلى هذا يجوز الخبز بالخبز وزنا ولا يحتاج الى تعرى الدقيق فانه قد صار جنسا آخر كما يجوز بيع الخميض بالخميض كيلا ولا يتعرى ما فيه من اللبن ويجوز خل التمر بخل التمر كيلا ولا يتعرى ما فيه من التمرور بما كان لأصحابنا قولان في أصل واحد واتفق ظهور أحد القولين منهم في أحدهما في فرع من فروعه وظهور القول الثاني في فرع آخر وذلك موجود لهم كثير فيجب تتبعه ورد كل شيء من ذلك الى أصله وقدرى فضل بن مسلمة عن مالك يجوز بيع الكعك بالخبز متفاضلا تماثلا وهي رواية ابن القاسم والقديدي بالنى على التعرى ثم رجع عنه وهذا أيضا فيه نظر لان القديدي والنى لم يفرق بينهما مصنعة فخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله والكعك والخبز قد وجدت فهما مصنعة أخرجهما عن أصلهما بخل التمر وأما اللحم فانه يتعرى فيه المماثلة وكذلك البيض وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله ص **✽** مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانية والمحاقلة والمزانية اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة **✽** ش وقوله والمزانية اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل هذا نوع من المزانية وقد تقدم أن معنى المزانية أن يجعل قدر أحد المبيعين من الآخر في الجنس الواحد لان كل واحد منهما يقصد الى غبن صاحبه في مبلغ الثمرتين والى أن يأخذ أكثر مما يعطى وهذا موجود في هذه المسئلة وفي التي قبلها (مسألة) اذا ثبت ذلك فان المبيع على ضربين ضرب يحرم فيه التفاضل وضرب يجوز فيه التفاضل فأما ما يحرم فيه التفاضل فقد بينا من حكمه ما يليق بهذا الكتاب وأما ما يجوز فيه التفاضل فانه لا يجوز أن يباع يابس برطبه على رؤس النخل لان القبض لا يتجزئ فيه ويحرم فيه التفرق قبل القبض لانه مطعوم ولا يجوز رطبه بياپسه ولا رطبه برطبه ولا يابس بياپسه جزا فافيهما ولا في أحدهما والاخر بالكتيل على وجه يجوز فيه التساوى والتفاضل حتى يتبين التفاضل في أحدهما فيجوز ذلك وكذلك كل مبيع وان لم يكن مطعوما

(فصل) وقوله والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة هذا نوع من المحاقلة وقدرى عنه صلى الله عليه

* وحدثنى عن مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانية والمحاقلة والمزانية اشتراء الثمر بالتمر في رؤس النخل والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة
 اشتراء التمر بالتمر والمحاقلة شراء الزرع بالحنطة (٢٤٦) واستكراء الأرض بالحنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن

المسيب عن استكراء
 الأرض بالذهب والورق
 فقال لا بأس بذلك * قال
 مالك نهى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم عن المزابنة
 وتفسير المزابنة أن كل شيء
 من الجراف الذي لا يعلم
 كي له ولا وزنه ولا عدده
 ابتاع بشئ مسمى من
 الكيل أو الوزن أو
 العدد وذلك أن يقول
 الرجل للرجل يكون له
 الطعام المصبر الذي لا يعلم
 كي له من الحنطة أو التمر أو ما
 أشبه ذلك من الأطعمة أو
 يكون للرجل السلعة من
 الحنطة أو النوى أو القصب
 أو العصف أو الكرسف
 أو الكتان أو القز أو ما
 أشبه ذلك من السلع لا
 يعلم كيل شيء من ذلك ولا
 وزنه ولا عدده فيقول
 الرجل رب تلك السلعة
 كل سلعتك هذه أو مر من
 يكيلها أو وزن من ذلك
 ما يوزن أو عدد من ذلك
 ما كان بعد فأنقص عن
 كيل كذا أو كذا أصا التسمية
 يسميها أو وزن كذا أو كذا
 رطلا أو عدد كذا أو كذا
 نقص من ذلك فعلى غرمه
 حتى أو فيك تلك التسمية فإزداد على تلك التسمية فهو لى أن يكون لى مازاد فليس ذلك يباع ولكنه
 المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لأنه لم يشتر منه شيئاً شئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد
 على أن يكون له مازاد على ذلك فإن نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه مأنقص بغير ثمن ولا

وسلم النهى عن المحاقلة فلا يجوز لذلك كراء الأرض بالحنطة وجه المحاقلة فيها أن منفعتها المسترأة
 منها في أكثرائها انما هي لمن زرع الحنطة حنطة فهو يؤل الى بيع الحنطة بالحنطة جزافا بجزاف
 أو جزافا بكيل لأن الذي يدفعه المكترى حنطة والذي يصل اليه من منفعة الأرض حنطة وسيأتى
 بيان هذا مستقصى في كتاب كراء الأرض وقال صاحب العين المحاقلة يبيع الزرع قبل بدو
 صلاحه ولا يمنع أن يكون ذلك نوع آخر من المحاقلة وما قدمناه أظهر لأنه ان كان التفسير من قول
 النبي صلى الله عليه وسلم فلا يعارض بقول أحد من البشر في لغة ولا شرع وان كان من قول أبي
 سعيد الخدري فلا يعارض بقول صاحب العين لغة ولا شرعا ص * مالك عن ابن شهاب عن
 سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء التمر
 بالتمر والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة قال ابن شهاب فسألت سعيد بن
 المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس بذلك * ش قوله والمحاقلة اشتراء
 الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة يريدانهم نوعان من المحاقلة وأن اسم المحاقلة واقع على
 كل واحد منهما وأما استكراء الأرض بالحنطة فقد تقدم القول فيه وأما اشتراء الزرع بالحنطة فعلى
 نحو ما تقدم من يبيع التمر بالتمر لأنه مجهول مبلغ كل واحد منهما من صاحبه وقد سمي ذلك مزابنة
 لما ذكرناه وقد روى الليث عن نافع عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة
 والمزابنة أن يبيع تمر حائطه ان كان نخلا بتمر كيلاً وان كان كرم أن يبيعه بزيت كيلاً أو كان زرعاً
 أن يبيعه بطعام كيلاً ونهى عن ذلك كله فعلى هذا اسم المزابنة واقع على الجميع ومعناها متقارب الا
 أن اسم المزابنة واقع على كل نوع منها واسم المحاقلة خاص في الزرع والمخاطرة خاص في الخضرة
 وقد قال صاحب العين انه يبيع التمر قبل بدو صلاحها والأول أظهر من جهة اللفظ والله أعلم وأحكم
 ص * قال مالك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة * وتفسير المزابنة أن كل شيء من
 الجراف الذي لا يعلم كي له ولا وزنه ولا عدده ابتاع بشئ مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد
 وذلك أن يقول الرجل للرجل يكون له الطعام المصبر الذي لا يعلم كي له من الحنطة أو التمر أو ما أشبه
 ذلك من الأطعمة أو يكون للرجل السلعة من الحنطة أو النوى أو القصب أو العصف أو الكرسف
 أو الكتان أو القز أو ما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شيء من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول الرجل
 رب تلك السلعة كل سلعتك هذه أو مر من يكيلها أو وزن من ذلك ما يوزن أو عدد منها ما كان بعد
 فأنقص عن كيل كذا وكذا أصا لتسمية يسميها أو وزن كذا وكذا رطلا أو عدد كذا وكذا
 ينقص من ذلك فعلى غرمه حتى أو فيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لى أن يكون لى مازاد فليس ذلك يباع ولكنه
 من ذلك على أن يكون لى مازاد فليس ذلك يباع ولكنه المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لأنه لم يشتر منه شيئاً شئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون
 يشتر منه شيئاً شئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون
 له مازاد على ذلك فإن نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه مأنقص بغير ثمن ولا

حتى أو فيك تلك التسمية فإزداد على تلك التسمية فهو لى أن يكون لى مازاد فليس ذلك يباع ولكنه
 المخاطرة والغرر والقمار يدخل هذا لأنه لم يشتر منه شيئاً شئ أخرجه ولكنه ضمن له ما سمي من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد
 على أن يكون له مازاد على ذلك فإن نقصت تلك السلعة عن تلك التسمية أخذ من مال صاحبه مأنقص بغير ثمن ولا

هبة طيبة بهانفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الأشياء فذلك يدخله * قال مالك ومن ذلك أيضا أن يقول الرجل للرجل له الثوب أضمن لك من ثوبك هذا كذا وكذا اظهار قلنسوة قدر كل ظاهرة كذا وكذا لشيء يشبهها (٢٤٧)

نقص من ذلك فعلى غرمه أو فيك وما زاد فلي أو أن يقول الرجل للرجل أضمن لك من ثيابك هذه كذا وكذا قيصا ذرع كل قيص كذا وكذا إذا نقص من ذلك فعلى غرمه وما زاد على ذلك فلي أو أن يقول الرجل للرجل له الجلود من جلود البقر أو الابل أقطع جلودك هذه نعالا على امام يهياه خا نقص من مائة زوج فعلى غرمه وما زاد فهو لي بما ضمنت لك ومما يشبه ذلك أن يقول الرجل للرجل عنده حب البان أعصر حبك هذا إذا نقص من كذا وكذا رطلا فعلى أن أعطيكم وما زاد فهو لي فهذا كله وما أشبه من الأشياء أو ضارعه من المزابنة التي لا تصح ولا تجوز وكذلك أيضا إذا قال الرجل للرجل له الخبط أو النوى أو الكرسف أو الكتان أو القضب أو الغصفر بل ابتاع منك هذا الخبط بكذا وكذا صاعا من خبط مثل خبطه أو هذا

هبة طيبة بهانفسه فهذا يشبه القمار وما كان مثل هذا من الأشياء فذلك يدخله * قال مالك ومن ذلك أيضا أن يقول الرجل للرجل له الثوب أضمن لك من ثوبك هذا كذا وكذا اظهار قلنسوة قدر كل ظاهرة كذا وكذا لشيء يشبهها فأنقص من ذلك فعلى غرمه حتى أو فيك وما زاد فلي أو أن يقول الرجل للرجل أضمن لك من ثيابك هذه كذا وكذا قيصا ذرع كل قيص كذا وكذا إذا نقص من ذلك فعلى غرمه وما زاد على ذلك فلي أو أن يقول الرجل للرجل له الجلود من جلود البقر أو الابل أقطع جلودك هذه نعالا على امام يهياه فأنقص من مائة زوج فعلى غرمه وما زاد فهو لي بما ضمنت لك ومما يشبه ذلك أن يقول الرجل للرجل عنده حب البان أعصر حبك هذا إذا نقص من كذا وكذا رطلا فعلى أن أعطيكم وما زاد فهو لي فهذا كله وما أشبه من الأشياء أو ضارعه من المزابنة التي لا تصح ولا تجوز وكذلك أيضا إذا قال الرجل للرجل له الخبط أو النوى أو الكرسف أو الكتان أو القضب أو الغصفر بل ابتاع منك هذه الخبطة بكذا وكذا صاعا من خبط بخبط مثل خبطه أو هذا النوى بكذا وكذا صاعا من نوى مثله وفي الغصفر والكرسف والقطب مثل ذلك فهذا كله يرجع إلى ما وصفناه من المزابنة * ش وهذا كمال أن كل ماله مقدار يباع به من كيل أو عدد أو وزن يبيع منه معلوم بمجهول فإنه لا يجوز وذلك على ضربين أحدهما ما لا يجوز فيه التفاضل والثاني ما يجوز فيه التفاضل فاما ما لا يجوز فيه التفاضل فإنه يدخله الجهل بالتساوي وهو مجرى في المنع مجرى العلم بالتفاضل ويدخله مما يجوز فيه التفاضل مع إمكان التفاضل والتساوي الغرر والقصد إلى المخاطرة بان يغيب أحدهما صاحبه في الجنس الواحد فان تبين التساوي بالتحري أو تبين التفاضل جاز وذلك للبعد عن قصد المخاطرة

(فصل) وقوله وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل له الطعام والمصبر كل صبرتك هذه إلى آخر المسئلة معناه أن كل من كان له شيء من الخراف من طعام أو غيره فأنه من قال له أضمن لي من هذه الصبرة مقدار كذا وكذا فما زاد عليه على وما نقص فعلى فذلك لا يجوز لأن هذا مجرد المخاطرة والمقامرة وأبلغ ما يكون من الغرر الذي نهى عنه لا خلاف في منعه وتحريمه وإن الذي يبيع الخراف بالمكيل من جنس واحد أو آل فعله إليه لأنه يدفع إليه في صبرة صبرة مثلها من جنسها لا يعلم مماثلتها ولا فضلها عليها يقصد بذلك غيبته في كيلها بجنسها فان كانت التي يعطيها أفضل فقد ضمن له ما نقص من صبرته عما قدر فيها وإن كانت أقل فقد كان له الفضل فذلك منع مالك المكيل في الخراف بالجنس الواحد ومثل هذا المعنى موجود في الخراف منه بالخراف فذلك منع مالك في الجنس الواحد الخراف بالخراف حتى يتبين القصد فيعلم أن غرضه عن المبلغ والمخاطرة والكثرة والقلة

* جامع بيع الثمر *

ص * قال مالك من اشترى ثمر من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة أنه لا بأس بذلك إذا كان يؤخذ عاجلا يشترع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن وانما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يتباع

النوى بكذا وكذا صاعا من نوى مثله وفي الغصفر والكرسف والكتان والقضب مثل ذلك فهذا كله يرجع إلى ما وصفناه من المزابنة * جامع بيع الثمر * قال مالك من اشترى ثمر من نخل مسماة أو حائط مسمى أو لبنا من غنم مسماة أنه لا بأس بذلك إذا كان يؤخذ عاجلا يشترع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن وانما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يتباع

منهارجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكيل له منها فهذا الأباس به فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للبائع الا ذهبه ولا يكون بينهما بيع * قال مالك وأما كل يشتري على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يجني فياخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به فان فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له عليه أو يأخذ منه المشتري سلعة بما بقي له يتراضيان عليها ولا ينفقه حتى يأخذها فان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالي بالكالي فان وقع في بيعهما أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة ولا يصلح الابصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للبائع ولا يسمى ذلك في حائط بعينه ولا في غنم بأعيانها * ش وهذا كما قال انه لا بأس أن يشتري ثمر من حائط معين أو لبن من غنم معينة اذا كان المشتري يشرع في قبضه يريد ان ذلك في وقت يمكن قبضه بان يبدو صلاح الثمرة وكون اللبن في الغنم وأما اذا لم يبدو صلاح ثمر الحائط أو لم يكن في تلك الغنم لبن فذلك غير جائز والأصل في ذلك نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وأما لبن الغنم فانما جاز ذلك فيه خلافا للشافعي ان هذا مانع طاهر خارج من حيوان لا يختلف جنسه غالبا فجاز أن يفرد بالبيع دونها كما العيون ودليل ثان أن هذه أثني ذات لبن فجاز أن يستباح أخذه بالمعاوضة عليه دونها كالطير

(فصل) اذا ثبت ذلك فقوله اذا كان يوجد عاجلا يشرع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن يريد أن لا يتأخر ذلك تأخير الا يحتاج اليه لتام النضج وانما يتأخر بقدر ما يحتاج اليه لتام النضج والارطاب كالحسنة عشر يوما وقال مالك في كتاب ابن الموارث عشرين يوما وجه ذلك ان مثل هذه المدة تؤخر الثمرة في رؤس النخل طلبا للارطاب أو لبقاء النضارة فيها ليؤخر وقتا بعد وقت بنضارتها مع ما قدمناه من ان ذلك من ضمان البائع وأما ابن القاسم فانه لا يجوز أن يتأخر مثل هذه المدة لانه لا غرض في تأخره غير مجرد التمكن من الأخذ وهذا فيا يشرع فيه منه وأما اتصاله بعد ذلك فيجوز تأخيره أخذا للتمكن من قبضه أو لبقاء حلاوة ما يحتاج أن يأخذه منه في كل يوم وأما الصوف يشتري على ظهور الغنم فانه يجوز أن يتأخر بقدر ما ينظر في جزها ويكون ذلك مدة لا يزيد الصوف في مثلها روى محمد عن مالك العشرة أيام والخمسة عشر يوما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قدمنا ان شراء الثمرة في رؤس النخل يكون على ثلاثة أوجه وقد تقدم بيان الوجهين وبقي تبين الوجه الثالث وهو اذا اشترى منه أصوعا معة وفة فان ذلك على ضربين أحدهما أن يشترط أخذه على حاله وصفته والثاني أن يشترط أخذه بعد تغير صفته فاما أخذه على حاله بسرا فهو جائز لانه بمنزلة اشتراء أصوع تمر من صبرة أو اشتراء أصوع رطب أو بسر من صبرة فان اشترط ابقاءه الى تغير صفته فلا يخلو أن يشترط ذلك حال بسوره الى أن يصير رطبا أو الى أن يصير تمرا فان اشترط أخذه رطبا فلا خلاف في جواز ذلك بين أصحابنا ووجه ذلك أنه معلوم الصفة لان الارطاب انما هو نضج وليس فيه نقصان من القدر ولا زيادة ولا تغير معنى أكثر من النضج فجاز ذلك (مسئلة) وأما ان اشترط أخذه تمرا فان ذلك ممنوع في الجملة قال ابن وهب عن مالك وكذلك لو وقع العقد حين الارطاب واشترطه تمرا ووجه ذلك انه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه لأن التغير يلحقه في المقدار والصفة وذلك مؤثر في منع العقد الا انه لا يتفاوت تغيره ولذلك لم يؤثر عند مالك وأكثر أصحابه في فساد العقد وقال ابن عبد الحكم في بيع الزرع اذا أفرغ يفسخ فيه البيع ووجهه أن التغير يلحقه في المقدار والصفة وذلك يمنع صحة

منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه ويشترط عليه أن يكيل له منها فهذا الأباس به فان انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للبائع الا ذهبه ولا يكون بينهما بيع * قال مالك وأما كل شيء كان حاضرا يشتري على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يستجني فياخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به فان فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له عليه أو يأخذ منه المشتري سلعة بما بقي له يتراضيان عليها ولا ينفقه حتى يأخذها فان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالي بالكالي فان وقع في بيعهما أجل فانه مكروه ولا يحل فيه تأخير ولا نظرة ولا يصلح الابصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للبائع ولا يسمى ذلك في حائط بعينه ولا في غنم بأعيانها

العقد عليه كالأشتره صغيرا واشترط عظمه ويحمل ذلك عندهم على الكراهية وحكمه حكم
الزرع يباع إذا أفرق وقد تقدم ذكر الخلاف فيه ولو كان ذلك على التعرير لم رد لأن ما يكال أو
يوزن لا يفوت بذهاب العين ويرد مثله ووجه ذلك أن تغيره لا يتفاوت وقد روى ابن القاسم عن
مالك في العتية أنه إن لم ينقد فلا بأس أن يشترطه ثم اوهذا يقتضى أن ذلك للمراعاة معان أن وجدت
لزمه الصفة وإن عدمت كان المشتري بالخيار ولعله قد ذهب إلى أن لهذا الجنس من التمر صفة
معتادة أن وجد عليها اللإصابة في التجفيف ومحاولة وسلامته في ذلك من العاهات لزم المشتري وإن
عدمت تلك الصفة لمبالغة في التجفيف أو نقص منه أو يعتبر بمعنى في مدة التجفيف كان المتنازع عند
رؤيته بالخيار والله أعلم (فرع) وهذا إذا اشتره كيلا أو أمانا اشتره جزافا ففي الموازية
لاخير في أن يشتري ثم الحائط ويشترط أخذه ثمرا إلا لمن اشتره جزافا فاما بالكيل فلا (مسألة)
وأما شراء لبن الغنم المعينة فانه أيضا على ضربين أحدهما أن يشترط مكيلة من لبن غنم بأعيانها وذلك
يحتاج إلى ثلاثة شروط أحدها أن يشرع في أخذه والثاني أن يذكر ما يقبضه كل يوم ويضرب
لذلك أجل يبقى لبن تلك الغنم إلى مثله والثالث أن يشترط من اللبن مقدار يعلم أن مثل الغنم
لا يقصر عنه في الأغلب ومثل هذه الشروط يعتبر في شراء أصوع من حائط معين وأجاز ابن
القاسم وأشهب في الشاة والشاتين (مسألة) والضرب الثاني أن يشتري لبنا أجمع فان ذلك
جائز في سواهم الغنم الذي لا يختلف ويعتبر في ذلك أن يكون في إبان اللبن ولذلك يضرب أجل
يعلم أن لبنا لا ينقطع إلى مثله شهرا أو شهرين والفرق بين هذا وبين التي لا يجوز أن يشتري
ثمرتها إلى مدة مقدرة وانما يجوز ذلك على الاستيعاب أن المقناة تشتري بأصولها فلا يجوز أن
يستتي بعض منافعها والغنم لم تشتري رقابها وانما اشتريت منفعة منها فوجب أن يضرب لتلك المنفعة
أجلا يتقدر به ويجب أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلاها حين التبايع واللم يجز ذلك لأن
قدر لبنا يختلف باختلاف الاعوام وقوتها وسمتها وهزها فيجب أن يعلم قدر ذلك وبالله التوفيق
(مسألة) وهل يجوز ذلك في الشاة الواحدة روى أشهب عن مالك جوازه وروى عنه ابن
القاسم منعه وهو الأكثر وقال أصبغ إن وقع لم أفسخه إذا كان في الإبان وعرف وجه حلاها
والفرر فيها وفي العدد سواء وهو في الواحدة أثقل وجه أجازته باعتباره بالكثير ووجه نفيه أن
الشاة الواحدة يلحقها التغير والنقصان والزيادة فيتبين الفرر والغنم الكثيرة يحمل بعضها بعضا فلا
يظهر في جعلها تغير بزيادة ولا نقصان فيبعد الفرر فيها (مسألة) ومن أكثرى ناقة أو بقرة
للسقي أو للحرث أشهر فقد قال مالك ذلك جائزا إذا عرف وجه حلاها وكان الإبان وفرق شيوخنا
بين هذه المسئلة وبين مسئلة الشاة الواحدة على رواية المنع بأن اللبن في مسئلة الناقة تبع لأن المقصود
منها العمل والمقصود في مسئلة الشاة اللبن فإثر في الفرر وقال أصبغ لا أفسخه في الشاة والكراه
الأن يتنازع وما يجوز عليه من أمر يظن بعدم مؤثر في العقد كجائحة الثمرة

(فصل) وقوله وانما مثل ذلك كراوية زب يتنازع منها رجل بدنيار أو بدنيارين ويشترط عليه
أن يكيل منها قياس صحيح في شراء مكيلة معلومة من حائط بعينه على شراء مكيلة معلومة من راوية
بعينها ولا فرق بينهما لتساوي أجزائها ولا يكون له من ذلك إلا المكيلة التي تشترط ولو كانت الجملة
تختلف أجزاؤها مثل أن يكون غنما أو نخلا واشترى منها عددًا غير معين ولم يشترط خيارا لكان
شريا كافي الجملة بقدر عددها اشتري من عدد تلك الجملة

(فصل) - وقوله فان ادشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع الاذهبه ولا يكون بينهما بيع يريدانه لما شرط الكيل على الزيت وتلف قبل أن يستوفيه المبتاع بالكيل وجب أن يكون من ضمان البائع وهذا الخلاف فيه وجملة ذلك أن المبيع على ضربين أحدهما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود والثمرة في رؤس النخل لم يتناه صلاحها والمسلم فيه والضرب الثاني ليس فيه حق توفية بالعقد الحاضر والثوب والصبرة من الطعام أو غيره والثمرة في رؤس النخل يابسة وقال القاضي أبو محمد فأما ما فيه حق توفية بكيل أو وزن أو عدد فضمانه قبل توفيته بذلك من البائع ووجه ذلك أن المبتاع ممنوع من تسليمه لا يستطيع الانتفاع به الا بعد التوفية كالذي في الذمة (مسئلة) وأما ما يذرع فروى أشهب عن مالك في العتية من ابتاع دارا غائبة منارعة أو حائطاً على عدد النخل فهلكت ان ضمانها من البائع والمشهور عنه ان الدور والارضين والحوايط من المبتاع الا انه لما بعها على الذرع وكان ذلك وجه استيفائها انعلقت بضمان البائع حتى يوفى اياه بالعدد والدليل على ذلك ان هذا معنى يتقدر به المبيع فكان له تأثير في توفيته كالمكيل والموزون (مسئلة) وأما الثمرة في رؤس النخل فقد تقدم ذكرها وهنا أن ضمانها من البائع فاجتأ الى بقائها في الاصل وتغذيتها به وقدرى ابن القاسم عن مالك في الضأن يشتري صوفها فيصاب منها أكبش قبل أن تجز بسرقه أو يبيع ان ضمانها من البائع ويوضع عن المشتري بقدر ذلك ووجهه انها متغذية بأصل البائع حتى يقبضها على ما جرت به العادة كالثمرة (فرع) وبما يصح الاستيفاء في المكيل والموزون حكى أصحابنا ان ذلك في المكيل بان يصب غير المكيل في اناء المبتاع فان تلف بعد تمام الكيل وقبل تفريغه في اناء المبتاع فهو من البائع وهذا اذا تولى كياله البائع أو أحداً مره لأن الكيل عليه وأما ان تولى كياله المبتاع فاختلف أصحابنا في ذلك ففي الواضحة من البائع وقال سحنون هو من المبتاع ووجه ما قاله ابن حبيب ان الكيل على البائع فاذا تولى المشتري فاما يتولاه على وجه النيابة فكانت حاله حال البائع ووجه ما قاله سحنون ان الاستيفاء يتم بوفاء الكيل اذا تولى المشتري لان ما بعد ذلك من تفريغ الكيل في انائه عمل بعد تمام الاستيفاء وقال سحنون في الوزن مثل ما تقدم في الكيل وهذا فيما اشترى على هذا النوع من الكيل والوزن وأما ما يوزن بظرفه في قبضه المبتاع ليفرغه ثم يوزن الظرف فان قبضه للظرف على ذلك قبض للزيت وان تلف قبل أن يفرغ الظرف فهو منه حكاه ابن المواز عن ابن القاسم (فرع) وهما نوع آخر من الاستيفاء وهو أن يتفقا على تسليم اناء مملوء زيتاً فيأخذ المبتاع على أن يملأ بقدر ذلك فيكتال قال أصبغ في كتاب محمد فبذا قبض والضمان من المبتاع قبل تغير الاناء وهذا عندى انما جعل بالاتفاق عليه واستعجل المبتاع القبض قبل التقدير وروى ابن حبيب فحين اشترى زرعاً على الذرع فهلكت قبل الذرع ان ذلك من المبتاع ووجه ذلك ان ما يقدر به باق وهذا يجب أن يلزم من غير اتفاق عليه ولا رضاه لانه لا يصح أن يقدر به لنفسه وانما يقدر بغيره فلا تعلق بحق التوفية بعينه (مسئلة) ومن كانت لرجل عنده دنائير دنيا فدفغ اليه دنائير فقال له خذها ووزننا فان كانت وفاء فهي لك وما زاد فاردده وما بقي أو فيك فهلكت قال ابن القاسم هي من قابضها اذا قبضها على وجه الاقتضاء والرهن ولو كانت بمعنى الوديعة كانت من الدافع وقال أصبغ في كتاب ابن المواز ومن كانت عليه ثلاثة دنائير قائمة فدفعها الى الذي هي له وقال له ربهما فاوجدت من قائم فهو لك فان ضاعت قبل أن يعرف ان فيها قائم فهي من الدافع وقال أصبغ في قول ابن القاسم في هذه المسئلة من قبضها على القضاء لا يشك فيها

ولولم يكن على القضاء لكان رهنا لانه سبب ما دفع عنه وقال ابن حبيب في مسئلة مالك في الذي دفع ثلاثة دنانير الى من له عليه دينار ليقتضى منها واحدا يختاره فيضيع انه لا يضمن القابض الا واحدا ان معنى ذلك اذا لم يشك ان فيها اوازنا واما ان جهل ذلك وقال ضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيئا منها ولا يكون متقاضيا وهو مصدق ويحلف انه ما علم فيها الا اوازنا ولا وزن حتى ضاعت الا ان تكون الدنانير من الكثرة بحيث لا يشك ان فيها دينارا وازنا فانه يضمنه خاصة وهكذا قال لي من كاشفت من أصحاب مالك

(فصل) وأما ما ليس فيه حق توفية كالعبد الحاضر والثوب وكالمبيع من المكمل والموزون والمعدود جزا فان ضمانه بنفس العقد من المشتري خلافا للأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان ضمانه من البائع قبل قبض المشتري وان العقد ينفسخ بتلفه والدليل على ما نقوله حديث محمد بن خفاف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان وهذا حديث قد أخذ به جماعة الفقهاء وعملا بمضمونه فاستغنى عن معرفة عدالة ناقله ودليلنا من جهة القياس ان هذا عقد معاوضة فكان تلف العوض العين فيه ممن صار اليه بنفس العقد أصل ذلك عقد النكاح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذي ليس فيه حق توفية لعينه وجنسه اذا اشترط البائع الانتفاع به مدة يجوز له واختلاف أصحابنا فممن شرط ركوب دابة باعها يوما بعد ثلاثة أيام فقال أبو يزيد عن ابن القاسم انها من ضمان البائع ما بقي له فيها شرط سواء تلفت بيده أو بيد المبتاع وقال أصبغ وابن حبيب هي من ضمان المبتاع ماتت بيده قبل الركوب أو بعده أو بيد البائع وجه ما قاله ابن القاسم ان البائع لما شرط ركوبها مدة وجب أن يتعلق بضمانه الى انتقضائها لانه لا يوفي المبيع الا بعد استيفاء ما شرط فيه ووجه ما قاله أصبغ ان هذا بيع ليس عليه فيه حق توفية فلم يكن في ضمانه وما شرط فيه من الانتفاع حق لنفسه وليس كذلك ما شرط للبائع من يصح بمدة فان ذلك حق للمبتاع يلزمه أن يوفيه اياه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فان المبتاع يرجع على البائع بجميع الثمن وان قلنا بقول أصبغ فهل يرجع البائع على المبتاع بقدر ما استثنى من الركوب قال أصبغ في كتاب ابن المواز لا يرجع عليه بشئ وقاله علي بن زياد وسحنون فممن باع دارا واستثنى سكنها سنة أو باع دابة واستثنى ركوبها يومين وقال ابن حبيب يرجع عليه بقدر ما استثنى من الثمن وجه القول الأول انه لم يتعلق به حق بدمه المبتاع ولا شئ في يده فلم يكن له عليه الرجوع بشئ ووجه القول الثاني ان العين المبيعة قد صارت ملكا للمبتاع وجعل منفعتها من الشرط للبائع بعض الثمن فاذا انعثر على البائع استيفاء تلك المنفعة بتلف المبيع رجع بثمن تلك المنفعة (مسئلة) فان شرط البائع من الركوب بعد ثلاثة أيام ما لا يجوز فهي ممن تلفت بيده من كتاب ابن المواز لانه يبيع فاسد فلا يضمن الا بالقبض وقبض المبتاع لها قبل شرط البائع قبض يضمن به والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما قوله وكل شئ كان حاضرا مشترى على وجهه مثل اللبن اذا حلب والرطب يستجنى فإخذ المبتاع يوما بيوم فلا بأس به وهذا كما قال ان حكم هذا حكم البيع لانه حاضر يتجزأ قبضه وهو مرئي مشاهد معين فلا يتعلق بالذمة وانما يتعلق بمقدار معلوم من جملة معينة على ما تقدم وقوله مثل اللبن اذا حلب يريد أن يبدأ اللبن في الغنم ويعرف لبنها ويستجنى الرطب فينظر المبتاع الى قدر ما يجنى منه يوما فيشترط قبضه فيصالح ذلك في العقد ومن ذلك أن يقول له أخر عنك هذه الثلاثة الأيام فاجنيته منها كل يوم فأنا آخذ منك ثلاثة أصوع بدینار فأما الذي في المسئلة انه جائز لانه قد نظر الى

التمر وعرف مقدار ما يتعجل منها في هذه المدة ولو ضرب لذلك مدة طويلة لا يظهر ما يربط اليه ولا يعرف قلته من كثرته لم يجز ذلك وهذا حكم الدين اذا عرف قدره وضربته مدة لا يختلف فيه وقد أنكر هذا بعض أصحابنا والصحيح عندي ما قدمت

(فصل) وقوله فان في قبل أن يستوفي المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له يريد أن يخطئ في جزهما فلا يكون في الخاطئ ما يتبايعا أو نصيبه جائحة تذهب ببعض ثمرته فان وقع ذلك فالمبتاع أحق ببقية حتى يستوفي شرطه وكذلك لو أراد البائع أن يذهب ببعض ثمرته لم يكن ذلك له ومنع منه الآن يرى أن في ما بقي من الثمرة تمام حق المبتاع منها فان قصرت الثمرة عما ابتاعه انفسخ البيع بينهما فبأبقي لانه ابتاع منه معيناتلف بعضه قبل البعض فبقي البيع فيما قبض منه وفات وبطل فيما بقي

(فصل) وقوله ويرد بحساب ما بقي هل يكون ذلك على التقديم أو على الكيل ففي المزابنة في الثمرات التراجع على الكيل وانما يكون التراجع على القيمة في الذي يتبايع بالغنم أياما معدودة فيعطى أياما ثم تموت أو يموت بعضها وهذا يدل على أنه انما أراد بمسئلة التمر ما يسلم فيه ليؤخذ في يوم واحد انه على حساب الكيل واذا شرط أخذه في أيام مختلفة تختلف فيها قيمة الثمرة فوجب أن يراعى ذلك التقويم كمسئلة الدين

(فصل) وقوله ويأخذ منه المشتري سلعة بما بقي يتراضيان عليها ولا يفارقها حتى يأخذها وان فارقه فان ذلك مكروه لانه يدخله الدين بالدين وقد نهى عن الكالي بالكالي يريد أن له يأخذ منه بالذي بقي عليه من ثمن حصته ما لم يقبضه من الثمرة ما شاء من السلع مطعوما أو غير مطعوم وله أن يأخذ في ذلك تمرا ورطبا أكثر من المكيلة التي فاتته وأغل لا ذلك يبيع مبتدأ الآن من شرط صحته القبض دون التأخير فان أخذه فلا يخلو أن يكون مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية فان كان فيه حق توفية فلا يخلو أن يكون يأخذ لغير ضرورة أو للضرورة فان كان لغير ضرورة فالذي نص عليه في المدونة (مسئلة) وان كان لضرورة فلا يخلو أن يكون لا يمكن تعجيل قبضه كثره بدا صلاحها ولم يحل جدادها أو سكنى دار أو خدمة عبدا أو عمل صانع أو خادم يكون فيها عهدة أو مواضعة أو بيع على الخيار فهذا كله منع منه ابن القاسم ورواه عن مالك وقال أشبه يجوز ذلك في الاجارة والكراء ورواه عن مالك حكى ذلك كله ابن المواز وحكى عنهما المنع في شراء الخيار وشراء المواضعة والقرعة التي تستجد وحكى القاضي أبو محمد عن أشبه انه يجيز ذلك كله ووجه رواية ابن القاسم أن ذلك يدخله فسخ دين في دين وقد يعبر عنه أصحابنا بما عبر به مالك انه يدخله الدين بالدين يريد أن الدين الاول بالدين الذي فسخ فيه وذلك كله توسع في عبارة ومعنى قولنا انه فسخ دين انه كان له دنائير متعلقة بذمته فلما نقلها الى معنى ثان في ضمان الذي كان عليه الدين من ثمرة لم يبد صلاحها أو جارية على المواضعة لم تبرا ذمة الذي عليه الدين بذلك من الدين الذي كان عليه لان الثمرة أصابها جائحة فمضى من بائعها وكذلك الأمانة في مدة المواضعة فلم تبرا ذمته من الدين ولا بقيت مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل دفع الثمرة والجارية بدنية لا ذمته أولا كانت مشغولة بالدنانير خاصة وهي الآن مترددة بين براءتها ان سلمت الثمرة أو الجارية أو بقاء الدنانير فيها ان أصابها جائحة فأشبه ذلك انتقالها من الاشتغال بالدنانير الى الاشتغال بتياب أو رقيق أو غير ذلك وهذا فسخ دين في دين ووجه رواية القاضي أبي محمد ان هذا عين وليس بدين ولذلك لا يتعلق

شيء منه بالذمة (مسئلة) وأما ان كان المانع من استعجال قبضه ما فيه من حق التوفية كالمكيل والموزون يكثر فيحتاج في كيله الى المدة ويحتاج الى اعداد مكان يجعل فيه أو سفينة فاذا شرع في ذلك واتصل العمل في الاستيفاء جاز ذلك وان طال الأمر يوما أو يومين قال أشهب وشهرا اذا اتصل ذلك (مسئلة) وان كان مما ليس فيه حق توفية كالثوب والدابة والعبد فلا يخلو أن يبقى بيد البائع لمنفعة من استخدام أو لتوثيق الى أن يشهد أو يبقى بيده لغير منفعة فان بقيت بيده المنفعة فلا بأس بذلك بشرط وبغير شرط وأما ان شرط حبسها لغير منفعة في المدونة عن ابن القاسم لا يعجبني ذلك ولا أفسخ بها البيع

(فصل) وقوله فان وقع في بيعها أجل فانه مكروه ولا يجل فيه تأخير ولا نظرة يريدانه ان شرط في شيء من ذلك بما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية التأخير فانه غير جائز لان البائع لا يبرأ بالعقد فعاد الى فسخ الدين في الدين ويدخله التأجيل في المعين وهو يمنع صحة العقد

(فصل) وقوله ولا يصلح الا بصفة معلومة الى أجل مسمى فيضمن ذلك البائع للبتاع ولا يسمى ذلك في حائط بعينه ولا في غنم بأعيانها يريدان الاجل والتأخير لا يصلح أن ينعه ببيع الا بصفة معلومة الى أجل مسمى ويكون البيع مضمونا في الذمة وأما العين فلا يصلح فيه طويل الأجل لانه لا يعرف سلامته اليه فيمكن تسليمه أو لا يسلم فلا يمكن تسليمه وما كان حاضرا ولا يتيقن صحة تسليمه لا يجوز عقد البيع فيه والفرق بينه وبين المسلم اليه في صحة العقد عليه وان لم يتيقن سلامته الى أجل ان ذمته المتعلقة بماله باقية بعده تنوب عنه في اداء ما عليه وليس كذلك المعين المبيع فانه ليس لقوانه بدل ينوب منابه فاقترا (مسئلة) وأما ما قرب من الأجل فلا بأس أن يشتري المعين اليه بشرط بقاءه عند البائع المدة اليسيرة التي لا يتغير مثله اليها غالبا وذلك على وجهين أحدهما أن يشترط ذلك لوجه منفعة كركوب الدابة ولبس الثوب أو امساكه على وجه التزين بالأشعار أو غير ذلك فلا بأس لانه لا غر فيه إذ الغالب من البائع بقاء صفته الى مثل هذه المدة والحاجة داعية اليه فاذا اشترط بقاءه لغير عوض ففي المدونة من قول مالك انه مكروه فان وقع لم يفسخ البيع (مسئلة) والمدة التي يجوز بقاء الارض بيد المبتاع في المدونة اشترط السنة في الدار ليس بعيد وكره ما بعد عن ذلك (مسئلة) وأما ركوب الدابة فجوز ابن القاسم ومطرف استثناء ركوبها اليوم واليومين وروى ابن حبيب عن مالك تجوز ركوبها يومين في السفر وروى عنه أشهب المنع من ذلك في السفر وروى ابن المواز منع ركوبها في ثلاثة أيام وقال ويفسد العقد ووجه ذلك ان الدابة يسرع اليها التغير ولا سيما دواب الكد والعمل فانها تدبر وتتغير وتضعف ولو كانت من دواب الجبال والركوب خاصة جاز ذلك فيها لانها لا تكاد تتغير في مثل هذه المدة ما لم يكن سفرا * وسئل مالك عن

* وسئل مالك عن الرجل يشتري من الرجل الخائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكيس والعنق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منها ثمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لانه اذا صنع ذلك ترك ثمر النخلة من العجوة ومكيلة ثمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها ثمر نخلة من الكيس ومكيلة ثمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التي فيها خمسة عشر صاعا وترك التي فيها عشرة أصوع من الكيس فكانه اشترى العجوة بالكيس متفاضلا قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبر الكيس عشرة أصوع وجعل صبرة العنق اثني عشر صاعا فأعطى صاحب التمر ديناراً

الرجل يشتري من الرجل الخائط فيه ألوان من النخل من العجوة والكيس والعنق وغير ذلك من ألوان التمر فيستثنى منه ثمر النخلة أو النخلات يختارها من نخله فقال مالك ذلك لا يصلح لانه اذا صنع ذلك ترك ثمر النخلة من العجوة ومكيلة ثمرها خمسة عشر صاعا وأخذ مكانها ثمر نخلة من الكيس ومكيلة ثمرها عشرة أصوع أو أخذ العجوة التي فيها خمسة عشر صاعا وترك التي فيها عشرة أصوع من الكيس فكانه اشترى العجوة بالكيس متفاضلا * قال مالك وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بين يديه صبر من التمر قد صبر العجوة فجعلها خمسة عشر صاعا وجعل صبرة الكيس عشرة أصوع وجعل صبرة العنق اثني عشر صاعا فأعطى صاحب التمر ديناراً

مالك فهذا لا يصلح * وسئل مالك عن الرجل

(٢٥٤)

على أنه يختار في أخذ أي تلك الصبر شاء * قال

على أنه يختار في أخذ أي تلك الصبر شاء قال مالك فهذا لا يصلح * وهذا كما قال وهو مبني على تحريم التفاضل في التمر رطبه وتمره فإذا كانت صبره مختلفة المكيلة أو غير متيقنة التساوى فقد باع بعضها ببعض لوجهين أحدهما أن ابتاعها فدينها كل واحدة من الصبرتنا ولا واحدا فإذا عين منها صبرة فقد ترك ما تناوله يبعه من غيره لما أخذ من الصبرة التي تخبر والوجه الثاني أن مبتاع التمر قد يأخذ صبرة العجوة ويعيها ثم يتركها أو يأخذ بدلا منها الكيس أو العنق دون أن يعلم بذلك البائع فيدخل ذلك التفاضل في التمر وإذا كان ذلك يكثر لترجيح الخوز والاختيار حمل عليه كل ما اشترى على ذلك (مسئلة) وهذا حكم ما يحرم فيه التفاضل إذا اختلفت مقاديره فان كان المبيع مما لا يحرم فيه التفاضل كالحيوان والشياب وان اختلفت أجناسه واختلفت الأثمان لم يجز الاختيار فيه وسياق بيانه بعد هذا في باب بيعتين في بيعة وان اتفقت أثمانه وأجناسه فلا بأس بالاختيار في ذلك مثل أن يقول له بعقل أحد هذين الثوبين أيهما شئت يريد سواء شرط الخيار في عقد البيع أو لم يشترطه ولا يجوز عند الشافعي شرط الخيار أو لم يشترطه وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترط اختيار عبد من عبيد أو ثلاثة ولا يجوز في عبد من أربعة والدليل على ما نقوله أن كل جلة صح العقد على واحد منها معين صح العقد على واحد منها غير معين أصله فقيز من صبرة (مسئلة) وسواء اختار معظم الجلة أو اشتراها بخلاف البيع فإنه لا يجوز أن يكون له الاختيار الا في اليسير من الجلة والفرق بينهما ما نأصير الى المشتري فأنما يصير اليه بعقد الشراء وما يبق يبد البائع فإنه لا يتناوله العقد فإذا كان البائع اختار معظم الجلة دخل الغرر ما يصير الى المبتاع الجهالة بما يبق بعد اختياراً كثر فأبطل ذلك البيع وإذا كان للمبتاع اختيار معظم الجلة دخل الغرر كما يبق للبائع فلم يبطل ذلك لأنه لم يتناوله عقد (مسئلة) ومن ابتاع عشرة يختارها من غنم فورها قبل اختياره ففي كتاب محمله أن يختار عشرة من الأمهات دون الأولاد وهذا عندى على قول أشهب في أن الوطء يحدث في مدة الخيار للبائع وأما على قول ابن القاسم فيجب أن تكون الأولاد لمن صارت اليه الأمهات وإذا كان ذلك في الخيار فبأن يكون في الاختيار أولى وأخرى ص * وسئل مالك عن الرجل يشتري الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له إذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقي له من ديناره إذا كان أخذ بثلاثي دينار رطبا أخذ ثلث الدينار والذي بقي له وان كان أخذ ثلاثة أرباع ديناره رطبا أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ ما بقي له من ديناره عند صاحب الحائط ما بدا له ان أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمرا أخذها بما فضل له فان أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه * قال مالك وإنما هذا بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو التجار أو العمال لغبر ذلك من الأعمال أو يكرى مسكنه ويستلف أجارة ذلك المسكن أو تملك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن الى الذي سلفه ما بقي من كراء الراحلة أو أجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي فحساب ذلك رد اليه ما بقي له * ش قوله فممن ابتاع من صاحب الحائط طعاما من تمره إذا فنى

يشترى الرطب من صاحب الحائط فيسلفه الدينار ماذا له إذا ذهب رطب ذلك الحائط * قال مالك يحاسب صاحب الحائط ثم يأخذ ما بقي له من ديناره ان كان أخذ بثلاثي دينار رطبا أخذ ثلث الدينار والذي بقي له وان كان أخذ ثلاثة أرباع ديناره رطبا أخذ الربع الذي بقي له أو يتراضيان بينهما فيأخذ ما بقي له من ديناره عند صاحب الحائط ما بدا له ان أحب أن يأخذ تمرا أو سلعة سوى التمرا أخذها بما فضل له فان أخذ تمرا أو سلعة أخرى فلا يفارقه حتى يستوفي ذلك منه * قال مالك وإنما هذا بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلة بعينها أو يؤاجر غلامه الخياط أو التجار أو العمال لغبر ذلك من الأعمال أو يكرى مسكنه ويستلف أجارة ذلك المسكن أو تملك الراحلة ثم يحدث في ذلك حدث بموت أو غير ذلك فيرد رب الراحلة أو العبد أو المسكن الى الذي سلفه ما بقي من كراء

الراحلة أو أجارة العبد أو كراء المسكن يحاسب صاحبه بما استوفى من ذلك ان كان استوفى نصف حقه رد عليه النصف الباقي الذي له عنده وان كان أقل من ذلك أو أكثر فحساب ذلك رد اليه ما بقي له

استأجر عبد ابيعينه أو تكارى راحلة بعينها الى أجل يقبض العبد أو الراحلة الى ذلك الأجل فقد عمل بما يصلح لاهوقبض
ما استكرى واستأجر ولا هو سلف في دن يكون ضامنا على صاحبه حتى يستوفيه

ينقد وقال غيره لا يجوز فوجره وإية ابن القاسم انه اذا لم ينقده الكراء فليس فيه ما يكون مرة كراء ومرة سلفا ووجه قول الغير ان الغرر متعلق باكثر من معين لا يقبض الا الى أجل بعيد وهذا المعنى باق في المسئلة وان عريت من النقد

(فصل) وقوله وانما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره كالذي يشتري العبد فينقذه ثم يقبضه فان حدث به حدث في عهدة السنة أحرز منه فهذا لا بأس به يردانه فرق بين ذلك فيما لا يكثر فيه الغرر بالقبض وذلك انه من استأجر دابة يركبها بعد مدة أو عبد يستخدمه بعد مدة ونقد ثم انه يداخله الغرر المفسد للعقد لعدم القبض فيه ولو قبضه مع تعاقد الكراء عليه زال هذا النوع من الغرر وان كنا نعلم اذا استأجر لخدمة سنة أو أكثر انه تأخر قبض باقي الخدمة وقد يجوز مالك استجاره لعشرين سنة وقد تضمنه في أثناء ذلك ما يمنع استيفاء عمله من مرض أو موت أو ابق مما يوجب الرجوع على سيده بالاجرة التي أخذها عوضا من عمله الكراء القبض بعينه قام بعينه مقام القبض بجميع منفعة في نفي هذا النوع من الغرر عنه لان ذلك أكثر ما يمكن أن يتحرز به فيه وهذا كما يقول انه من ابتاع عبدا مغيئا لا يقبضه الى سنة ونقد ثم انه لا يجوز ذلك ولو اشتراه فقبضه ونقد ثم جاز وان كنا نعلم ان ما أصابه في أثناء السنة من جنون أو حذام أو برص فانه يوجب للبتاع الرجوع بالثمن على بائعه * قلت ان المصحح لهذا المعنى قبض المبيع فهذا معنى قول مالك وما أشار اليه والله أعلم وأحكم

* بيع الفا كهة *

ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيئا من الفا كهة من رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شيء منها بعضه ببعض الا يدا بيد وما كان منها مما ييسر فيصير فا كهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدا بيد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بان يباع منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يصلح الى أجل وما كان منها مما لا ييسر ولا يدخر وانما يؤكل كل رطبا كهة البطيخ والقثاء والخربز والجزر واللاترج والموز والرماني وما كان مثله وان ييسر لم يكن فا كهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فا كهة قال فاره خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد فاذا لم يدخل فيه شيء من الأجل فانه لا بأس به * ش قوله رحمه الله من ابتاع شيئا من الفوا كهة رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه لمافي من حق توفيته بوزن أو كيل أو عدد ونص على الفوا كهة في هذه المواضع ليلحقها بما تقدم من قوله في الطعام المقتات وهذا هو المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه

(فصل) قوله ولا يباع شيء منها بعضه ببعض الا يدا بيد يريد بجنسه أو بغير جنسه لان حكم التناجز لا يختص بالجنس وان اختص به التفاضل ولذلك جاز بيع الذهب بالورق متفاضلا بشرط فيه المناجزة

(فصل) وقوله وما كان منها مما ييسر فيصير فا كهة يابسة يدخر ويؤكل فلا يباع بعضه ببعض مثلا بمثل اذا كان صنف واحد جعل دينا على تحريم التفاضل الييسر والادخال لكل وقد تقدم ذكره مع ماله في ذلك من القولين الآخرين ان العلة الاقتيات والعلة الادخال للاقتيات وعلى حسب هذا اختلف أجوبته وأجوبة أصحابنا في فرع مسائل هذا النوع

(فصل) وقوله وان كان مما ييسر ويدخر وانما يؤكل كل رطبا كالبطيخ والقثاء والخربز واللاترج

* بيع الفا كهة *
* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من ابتاع شيئا من الفا كهة من رطبها أو يابسها فانه لا يبيعه حتى يستوفيه ولا يباع شيء منها بعضه ببعض الا يدا بيد وما كان منها مما لا ييسر فيصير فا كهة يابسة تدخر وتؤكل فلا يباع بعضه ببعض الا يدا بيد ومثلا بمثل اذا كان من صنف واحد فان كان من صنفين مختلفين فلا بأس بان يباع منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يصلح الى أجل وما كان منها مما لا ييسر ولا يدخر وانما يؤكل كل رطبا كهة البطيخ والقثاء والخربز والجزر واللاترج والموز والرماني وما كان مثله وان ييسر لم يكن فا كهة بعد ذلك وليس هو مما يدخر ويكون فا كهة قال فاره خفيفا أن يؤخذ منه من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد فاذا لم يدخل فيه شيء من الأجل فانه لا بأس به

والموز والرمان وما كان مثله وان ليس لم يكن فأكهة بعد ذلك فليس هو مثل ما يدخر ويكون
فاكهة يجوز فيه التفاضل يريد ان هذه الفاكهة التي نص عليها ليست مما يبس ويدخر وما يبس
من ذلك لم يكن فاكهة بعد اليبس فهذا يجوز التفاضل في الجنس الواحد وقد قال في المزاينة أجاز
مالك فيها التفاضل وان كانت من صنف واحد قال البطيخ والخربز والقثاء وما أشبه ذلك والخواخ
والرمان والاباص وعيون البقر والموز فهذا كله يجوز فيه التفاضل اذا كان رطباً كله وروى
يحيى عن ابن نافع الخوخ والرمان والاباص وعيون البقر والموز مما يدخر ويبس فلا يباع بعضه
ببعض متفاضلاً الا مثلاً بمثل ان كان رطباً كله

بيع الذهب بالورق عينا وتبرا

بيع الذهب بالفضة

تبرا وعينا

* حدثني يحيى عن مالك

عن يحيى بن سعيد انه قال

أمر رسول الله صلى الله

عليه وسلم السعدين أن

يبيعا آنية من المغنم من

ذهب أو فضة فباعا كل

ثلاثة باربعة عينا وكل

أربعة بثلاثة عينا فقال لها

رسول الله صلى الله عليه

وسلم أريتها فردا

ص * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا آنية
من المغنم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة ربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم أريتها فردا * ش قوله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين أن يبيعا
آنية من المغنم من ذهب أو فضة من باب الوكالة في المرافعة بالذهب والمبادلة ومن شرط صحتها أن
يتولى قبض العوض فيها من عقدها فان عقد هو الصرف وكل من يقبض أو وكل من يصرف
ويقبض هو فابن المواز حكى عن مالك لا يجوز شيء من ذلك وهذا اذا فارق الذي عقد الصرف قبل
أن يقبض الآخر لان من عقد الصرف قد فارق من صار قبل القبض وانما يراعى في فساد مفاارقة
العاقدة قبل القبض (مسئلة) فان عقد الصرف ودفع الدينار وأحال عليه من يقبض منه الدراهم
ثم فارق قبل القبض فلا خلاف في أن لا يجوز ان قضاء قبل مفاارقة المصارف له ففي كتاب ابن المواز
عن ابن القاسم لا خير في ذلك سواء أ حال بجميع الدراهم أو ببعضها وروى زيد بن بشر عن ابن
وخطب لأبأس به وقال أشهب لا يفتخ ذلك إلا أن يفارقه قبل قبض المحال بالدراهم سواء ثبت دين
المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده فقول ابن القاسم مبنى على أن من شرط الصرف أن يقبض
العاقدة العوض وعند أشهب من شرطه أن لا يفارقه قبل القبض سواء قبض هو أو غيره بمنزلة
الاقالة في السلم والفرق عند ابن القاسم بين ذلك وبين الصرف ان الصرف أشد لان سرعة
القبض فيه معتبرة لنفسها لا لمعنى غيرها والاقالة في السلم لم يلزم القبض فيها قبل التفرق لان ذلك
مقتضى عقد الاقالة بدليل جواز تأخير القبض في الاقالة من الأعيان وانما يلزم ذلك فيها للتأويل الى
فسخ دين في دين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان دينار بين رجلين صرفاه من رجل بدراهم
ثم وكل أحدهما صاحبه على قبض الدراهم وانقلب هو قبل القبض ا ذلك جاز ان قبض الثاني قبل
أن يفارق الصراف حكاه ابن المواز عن ابن القاسم قال وكذلك الخلى ووجه ذلك انه لما كان
لكل واحد منهما حصصة في الدينار كان كل واحد منهما مقبضا عليه فباعه فجاز له قبض الثمن ولم يفسده
مفارقة صاحبه الصراف ولو باع رجل ديناراً من رجلين فوكل أحدهما الآخر على قبضه جاز ذلك
قال محمد وذلك اذا اشتركا في الدراهم قبل الصرف وأما ان كان أحدهما دفع اليه عشرة دراهم ودفع
الآخر اليه مثله ثم أراد أن يدفع اليها بذلك ديناراً لم يجز لان كل واحد منهما لا يصح منه القبض
(فصل) وقوله أن يبيعا آنية من المغنم من ذهب أو فضة ظاهر لفظ آنية يقتضى صحتها وبقاء
صياغتها ويؤكدها الظاهر انه ماباعا كل ثلاثة باربعة وذلك يقتضى جواز اتخاذ ذلك لان

ملا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه بل لا يجوز اقراره ولا تملكه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ببيعها ولم يأمر بالتلاف صياغتها اقتضى ذلك بيعها على هيئتها وذلك معنى اتخاذاها وقد قال مالك في كتاب الزكاة من المدونة في الرجل يشتري آنية ذهب أو فضة زنتها أقل من قيمتها يزكى وزنها فجعل للصياغة قيمة وذلك يقتضى إباحتها وقال في الصرف في المدونة كان مالك يكره هذه الأشياء التي تصاغ من الفضة والذهب كالأبارق والمداهن والمجامر والأنداح فيحتمل أن يريد بذلك كراهية بيعها بجنسها متفاضلاً وكراهية استعمالها فيجتمل أن يريد كراهية اتخاذاها فأما استعمالها فلا خلاف في المذهب في تحريمه وهو قول جمهور الفقهاء وأما اتخاذاها فقد ذكر فيه عن مالك ما تقدم

(فصل) وقوله فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا وكل أربعة بثلاثة عينا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أر بيتاً فردا يقتضى منع الزيادة في الذهب بالذهب والورق بالورق وذلك أن هذين لا يجوز بينهما التفاضل في الجنس ولا خلاف في ذلك إلا ما يروى عن ابن عباس والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور قول الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا واز بالزيادة وما يروى عن ابن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهدنا النبينا والينا وعهدنا اليكم وقد روى أن ابن عباس رجع عنه وسواء تبره ومسكوكه ومصوغه وجيده ورديته في وجوب التساوي وتحريم التفاضل (مسئلة) ولا اعتبار بالسكة ولا بالصياغة في شيء من ذلك فإن كان المصوغ أذن ذهباً والتبرأفضل فلا بأس بذلك لأن الصياغة تتبع ملغى غير مؤثر كالجودة ولو ثبت له في ذمته ذهب مصوغ أو مسكوك فأراد أن يقبضه عنه تبرأ أفضل ذهباً لم يجز ذلك لأن الصياغة قد ثبتت له في ذمته فصارت حقه ثم تركها عوضاً عن جودة الذهب التبر فدخل ذلك التفاضل لانه صياغة وذهب بذهب وليس كذلك المراطلة فإن الصياغة لم تثبت في ذمته فلا تأثير لها

(فصل) وقوله أر بيتاً فردا يريد والله أعلم وأحكم أفضلهما فيما يحرم فيه التفاضل وعله أر باقي الذهب والفضة انهما أصول الأثمان وقيم المتلفات وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة عليهما الوزن والدليل على ابطال مذهبه في أن الحديد والكحل فيه أر با أن ما لا يثبت أر با في مصوغه لا يثبت في غير مصوغه كالتراب والدليل على ابطال انهم انه لو كانت علة أر با في الورق والذهب الوزن لما جاز أن يسلم في موزون لا كل عيني جمعتهما علة واحدة في أر با لم تعلم احدهما في الأخرى كالذهب والفضة ولما أجمعنا على أنه يجوز تسليم الذهب والفضة في الموزون علمنا انه لم يجمعهما علة أر با

(فصل) وقوله فردا أمرهما برد البيع ولم يسئلها عن فواته والذهب المبيع على ضربين مصوغ وغير مصوغ فأما غير المصوغ فإنه لا يفوت البيع فيه بوجه ولا بد من رد فاسده لأنه ماله مثل وقد قدمنا أن ماله مثل لا يفوت بفوات عينه لوجود مثله وأما المصوغ فاختلف أصحابنا فيه فحكى ابن الموز أنه إن باعه جزافاً أنه تفوته حوالة الاسواق وإن كان سيفاً على قبضته أكثر لم تفوته حوالة الاسواق ويفوته البيع والتلف أو قل قبضته فيرد قيمته قال محمد وليس بالقياس والذي حكى محمد في مسألة السيف هو مذهب ابن القاسم في المدونة وهي رواية تخالف ما ذكره في الحلي ووجه ما ذكره في مسألة الحلي أن هذا غير مكمل ولا موزون ففات بحوالة الاسواق كسيرة القمح ووجه رواية ابن القاسم أن العين لا قيمة له فلما كانت عينه موجودة وجب رده لأن الأشياء تقوم به ولا يقوم هو بغيره فلا تتغير قيمته بتغير الاسواق وأما نقصه فقد غير عين المبيع لما أدخل نقصاً فزمت القيمة وقد قال سحنون في مسألة السيف لا تقوت بالبيع ويحتمل تخصيص ذلك بالعين خاصة فإن قلنا إن

ذلك حكم كل بيع فاسد فوجهه أن البيع الثاني فرغ "الاول فاذا لم يصح الاول بوجه من وجوه الصحة لم يصح الثاني فوجب نقضهما وان قلنا ان ذلك يختص بالعين فإنه لا تختلف قيمته بوجه فلم يفت مع بقاء عينه والاظهر أن المصوغ تعتبر قيمته لأنه لو أثلته انسان لوجب عليه قيمته ص ^١ مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الجباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما ^٢ ش قوله صلى الله عليه وسلم الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما ما يراد به إيجاب التساوي وتحرير التفاضل في كل شيء من ذلك بجنسه وبدل الدنانير بالدنانير والدرهم بالدرهم على وجهين أحدهما وزنا والثاني عددا فأما الوزن فلا يجوز فيه الا التساوي ولا يجوز فيه زيادة على وجه معروف ولا بمساحة ولا يجوز أن يكون مع أحدهما زيادة من جنسه ولا من غير جنسه لأن العوض الآخر يتوسط على الذهب والزيادة التي معها فيؤدي الى التفاضل في الذهب واختلف قول مالك في الرجل يأخذ من دار السكة فيدفع اليهم فضة وزنا يأخذ منهم وزنا درهم ويعطيهم أجرة العمل مثل فقال مرة رآه حو أن يكون خفيفا وذكره ابن الموزور واه عيسى عن ابن القاسم ومنع من ذات عيسى بن دينار وحكاها ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه رواية الجواز على الكراهية ما احتج به من ضرورة الناس إلى الدراهم وتعدد الصرف في الا في ذلك الموضع مع حاجة الناس الى الاستعجال وانخفاض المسافر للزور مع أصحابه وخوفه على نفسه في الانفراد ويخاف ان غاب عنه ذهبه أن لا يعطاه ويمطل به والضرورة العامة تبين الخطور أما لبوم فقد صار الضرب بكل بلد واتسع الامر فلا يجوز له ووجه رواية المنع انه لا يخلو أن يكون بيعا واجارة فان كان بيعا ففيه التفاضل في الذهب وان كان اجارة فهو واجارة وسلف وذلك غير متزفي الوجهين وأما الصائع فلا يجوز ذلك معه قولا واحدا قاله ابن حبيب في واختتمه (مسئلة) وأما المبادلة بالعقد فانه يجوز ذلك وان كان بعضها أوزن من بعض في الدينار والدينار بن عن سبيل المعروف والتدليل وليس ذلك من التفاضل لأنهما لم يبنيا على الوزن ولهذا النوع من المال تقدير ان الوزن والعدد فان كان الوزن أخص به وأولى فيه إلا أن العدد معروف فاذا عمل فيه على العدد جوز يسير الوزن زيادة على سبيل المعروف مالم يكن في ذلك وجه من المساكسة والمناينة فسمع منه وهذا عندنا منى على مسئلة العربية وذلك ان العربية لما كان للشرة تقدير أحدهما الكيل والآخر الخرص والتعري جزا العدول عن أولها الى الثاني للضرورة على وجه المعروف فكذلك الدنانير والدراهم (مسئلة) وهذا اذا كانت الدنانير كلها سواء فان كانت متفاضلة في الجودة فلا يخلو أن تكون الوازنة أدنى ذهباً وأفضل فان كانت أدنى ذهباً لم يجز لأنه أخذ فضل صاحبه في زيادة وزن ذهبه وان كانت الوازنة أفضل ذهباً فان مالكا كرهه وجوز به ابن القاسم وجه قول مالك ان المبادلة انما جازت فيها على وجه المعروف فاذا اختلفت أغنيانها وجب أن لا يجوز كالعربية لما كان طريقها البذل على وجه المعروف لم يجز أن يشترط فيها غير مثل الثمرة لأفضل ولا أدون ووجه قول ابن القاسم البعد عن التهمة ليكون فضل الجودة والوزن من جهة واحدة ولا يحتمل ذلك غير مجرد التفضل (فرق) فان قلنا بقول مالك فانه يجوز أن يأخذ عند الجداد من غير جنس العربية لأنهما لم يعقدا البيع على ذلك وفي مسئلتنا عقد البيع عليه فوزانه أن يعقدا بيع العربية على غير الجنس فلا يجوز وفي العتبية فمن أنبض مع رجل ديناراً فلا بأس أن يبدله بأجود منه عينا ووزنا قال ويعلم صاحبه ومعنى ذلك أنه لم ينقديه

* وحدثني عن مالك عن موسى بن أبي تميم عن أبي الجباب سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما

صرف ولا بدل وانما هو معروف (مسئلة) ولا يجوز هذا في كثير الذهب العشرة دنانير ونحوها الآن ما كان هذا حكمه من المعروف فانه يختص باليسير دون الكثير كبيع العربية ص ماله عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتبعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا مناشياً غالباً ببناجز م ش قوله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل عام في جميع أنواعه من التبر والمسكوك والمصوغ والجيد والردى وقوله صلى الله عليه وسلم ولا تشفوا بعضها على بعض يقتضى المنع من يسير الزيادة لأن الشفوف انما يستعمل في يسير الزيادة وأما قوله صلى الله عليه وسلم ولا تتبعوا مناشياً غالباً ببناجز فانه منع النسيئة والعقد على غائب حين العقد منهما لأن الغائب ما غاب عن العقد المذكور وفائدة ذلك أن التقاض في العوضين منهما شرط في صحة العقد عليهما لأنهما محال أن يشترط حضورهما العقد ويؤخر قبضهما ص ماله عن حيد بن قيس المسكي عن مجاهد انه قال كنت مع عبد الله بن عمر فجاهه صائغ فقال له يا أبا عبد الرحمن اني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي فنهأ عبد الله عن ذلك فجعل الصائغ يرد عليه المسئلة وعبد الله نهأه حتى انتهى الى باب المسجد أو الى دابة يريد أن يركبها ثم قال عبد الله بن عمر الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا النبينا وعهدنا اليكم م ش منع عبد الله بن عمر من بيع المصوغ من الذهب بأكثر من وزنه غير مصوغ على ما تقدم في حديث السعديين من منعه صلى الله عليه وسلم من بيع الآنية من الذهب أو الورق بأكثر من وزنها ومراجعة الصائغ له في ذلك رجاء أن يكون جوابه انما صدر على ذهبن غير مصوغين فان حكم المصوغ أحدهما بخلاف ذلك ولعله أن يكون سمع في ذلك اباحتهم لم يعتمد على قوله فرجا أن يجدمثل ذلك عند عبد الله بن عمر وسؤاله له في الطريق دليل على التواضع مع أن المسئلة كانت عنده من البيان بحيث لم ينجح الى اعمال النظر فيها والتمكن منها ليدكر حكمها

(فصل) وقوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما يحتمل معنيين أحدهما ان هذا اسم لهذا المقدار من كل ذهب وورق مصوغا كان أو غير مصوغ ولذلك يقال في هذا الاناء مائة دينار ذهباً وفي هذا الخلى مائة درهم ورقاً وان لم يكن شيء من ذلك مضر وبأ فيكون قوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم عام في كل ذهب وورق مصوغين كانا أو غير مصوغين والثاني أن يكون الدينار والدرهم اسماً للضر وب دون غيره ولكنه قاس المصوغ عليه على ما قدمناه

(فصل) وقوله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم يقتضى ثلاثة أشياء المبايعة والمبادلة والقضاء فأما المبايعة فانها تختص في الأغلب بمعاوضة العروض بعضها ببعض والعرض بالأمان وأما الأمان بعضها ببعض فان لها اسماً أخص وان يبيع مناشئ بغير جنسه فاسم الصرفي أخص به وان يبيع منها شيء بجنسه فاسم المبادلة والمراطلة أخص به وهما يختلفان في المعنى وذلك ان المراطلة تكون وزناً والمبادلة تكون عدداً (مسئلة) فأما القضاء فقد تكون قضاء عن سلف وقضاء عن غير سلف فان كانت عن سلف وأسلفه ذهباً عدداً قضاء مثل عدده ووزنه كان هذا معنى الدينار بالدينار عدداً ووزناً فان قضاء مثل عدده أو أدون أو أنقص جاز ذلك لان عبدة السلف بالعدد والنقص في الوزن صفة من صفة الدينار لا اعتبار لها في الكثرة والقلّة كالجوذة والرداء فان قضاء أقل من عدده في كل وزنه جاز لان القبض يجوز قلّس له وكثيره في قضاء السلف وان قضاء أكثر من عدده في مثل

* وحدثني عن مالك عن
نافع عن أبي سعيد الخدري
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لا تبيعوا
الذهب بالذهب الا مثلاً
بمثل ولا تشفوا بعضاً على
بعض ولا تبيعوا الورق
بالورق الا مثلاً بمثل ولا تشفوا
بعضاً على بعض ولا تبيعوا
منها شيئاً غائباً بناجر * وحدثني
عن مالك عن حميد بن
قيس المكي عن مجاهد
انه قال كنت مع عبد الله
ابن عمر فجاه صائغ فقال
له يا أبا عبد الرحمن اني
أصوغ الذهب ثم أبيع
الشيء من ذلك بأكثر من
وزنه فأستفضل من ذلك
قدر عمل يدي فهاه عبد
الله عن ذلك فجعل الصائغ
يردد عليه المسألة وعبد
الله ينهاه حتى انتهى الى
باب المسجد أو الى دابة
يريد أن يركبها ثم قال عبد
الله بن عمر الدينار بالدينار
والدرهم بالدرهم لا فضل
بينهما هذا عهدنا لينا
وعهدنا اليكم

وزنه يجب على أصل المذهب أن لا يجوز من ذلك إلا اليسير لأن الزيادة في قضاء السلف معفو عن يسيرها دون كثيرها وان قضاء أقل عددا أو أكثر وزناً أو أكثر عددا أو أقل وزناً لم يجز ذلك لأنه قد وجد الاختلاف بين الذهبين على وجه يقتضي المغالبة وذلك ينفي الجواز (مسئلة) فان كان السلف وزناً فضاء مثل وزنه فهو جائز في مثل ذلك العدد وأقل منه وأكثر لأن اعتبار الوزن يبطل اعتبار العدد في كل التعامل بالوزن فلا اعتبار بالعدد في قليل ولا كثير وان قضاء أقل من وزنه في مثل عدده أو أقل منه أو أكثر فهو جائز لما ذكرناه من أنه لا اعتبار بالعدد في هذا الوجه وان قضاء أكثر من وزنه فان كانت الزيادة يسيرة فقد جوز ابن القاسم الرجحان اليسير وكرهه في الكثير كالعشرين ديناراً في المائة وجوزهم أشهب في مثل الدينار والدينارين والاردين من الطعام والاردين وان كان ذلك على غير موعود ولا عادة ووجه تجوز اليسير أنه لا يقصد السلف لمثله فتبعد التهمة وأما الكثير فانه يقصد بالسلف فيمتنع للذريعة وان كانت الزيادة في غير مجلس القضاء حتى ينفصل منه ولا تكون تبعاله فلا بأس بذلك لانها منفصلة من السلف في قضائه فكان له حكم الهبة المبتدأة

(فصل) فان كان القضاء على غير سلف مثل أن يكون من يبيع فلا يخلو أن يكون مائت منه في ذمته من ذلك مقدار بالعدد والوزن فان ثبت مقدراً بالعدد فلا يجوز أن يقضيه وزناً لأن العدد معنى قد ثبت به في الذمة ثمن فلا بد من مراعاته كالوزن وان ثبت في ذمته مقدار بالوزن والعدد جاز أن يعطيه مثل ذلك الوزن على غير ذلك العدد لانه متى اجتمع الوزن والعدد يبطل حكم العدد (مسئلة) وان كان مائت في ذمته من ذلك مقدار بالوزن جاز أن يعطيه أكثر مما ثبت في ذمته من الوزن بخلاف الفرض اذا كان مثل صفة مائت له أو أفضل وجاز أن يعطيه أقل وزناً وأدون ولا يجوز أن يعطيه أفضل وزناً وأدون صفة ولا أفضل صفة وأنتقص وزناً لما ذكرناه مما يدخله من التفاضل بصورة التشاح والتعابن (مسئلة) فان أراد أن يقضيه عدداً فان كان العدد أفضل عيونا ووزناً كالقائمة من المجموعة جاز وان كانت أفضل عيونا وأقل وزناً كالفرادى من المجموعة جاز وان كانت أفضل عيونا وأقل وزناً لم يجز لما قدمناه ص **ص** مالك انه بلغه عن جده مالك بن أبي عامر أن عثمان بن عفان قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين **ش** قوله لا تتبعوا الدينار بالدينارين يحتمل المنع من التفاضل في العدد لما جرت به العادة من التعامل بها عدداً ومنع قطعها فكان ذلك منعا من التفاضل فيها على ذلك الوجه لان زيادة دينار آخر قلما يوجد من التفاضل بين الذهبين على هذا الوجه فنص على أقل الزيادة لينبه بذلك على المنع من أكثرها ويحتمل أن يريد به المنع لمن رآه باع ديناراً بدينارين فخص فعله ذلك بالمنع كما روى أبو سلمة عن أبي سعيد انه قال كنا نبيع تمر الجمع صاعين بصاع فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صاع تمر بصاع ولا صاع حنطة بصاع ولا درهم بدرهم **ص** مالك عن زيد ابن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الامثلة بمثل فقال له معاوية ما أرى بمثل هذا بأساً فقال أبو الدرداء من يعنرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه لا بأساً كنك بأرض أنت بها ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا يبيع ذلك الامثلة بمثل وزنا بوزن **ش** ما ذهب

وحدثني عن مالك انه بلغه
عن جده مالك بن أبي
عامر أن عثمان بن عفان
قال قال لي رسول الله صلى
الله عليه وسلم لا تتبعوا
الدينار بالدينارين ولا
الدرهم بالدرهمين **و** حدثني
عن مالك عن زيد بن أسلم
عن عطاء بن يسار أن
معاوية بن أبي سفيان باع
سقاية من ذهب أو ورق
بأكثر من وزنها فقال
أبو الدرداء سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم
ينهى عن مثل هذا الا
مثلاً بمثل فقال له معاوية ما
أرى بمثل هذا بأساً فقال
أبو الدرداء من يعنرني
من معاوية أنا أخبره عن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم ويخبرني عن رأيه
لا بأساً كنك بأرض أنت
بها ثم قدم أبو الدرداء على
عمر بن الخطاب فذكر
ذلك له فكتب عمر بن
الخطاب الى معاوية أن لا
يبيع ذلك الامثلة بمثل
وزنا بوزن

اليه معاوية من بيع سقاية الذهب بأكثر من وزنها يحتمل أن يرى في ذلك ماراً ابن عباس من تجوز التفاضل في الذهب نقداً ويحتمل أن يكون لا يرى ذلك ولكنه جوز التفاضل بين المصوغ منه وغيره لمعنى الصياغة وقول أبي الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا أنكر عليه فعله من تجوز التفاضل في الذهب واحتجاج إلى الاحتجاج بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن مثل ذلك لأن معاوية من أجل الفقه والاجتهاد فليس لأبي الدرداء صرفة عن رأيه الذي روى إلا بدليل وحجة بينة وقد روى ابن أبي مليكة قيل لابن عباس هل لك في أمير المؤمنين معاوية ما أوتر الأواحدة قال أصاب اندفقه

(فصل) وقول معاوية مأرى بمثل هذا بأسا يحتمل أن يرى القياس مقدما على أخبار الآحاد على ما روى عن مالك وذلك لما يجوز على الراوى من السهو والغلط والصواب تقديم خبر الواحد العدل لان السهو والغلط يجوز فيه على الناظر المجتهد أكثر مما يجوز على الناقل الحافظ النقيض وقدينت ذلك في أحكام الفصول ويحتمل أن يرى تقديم أخبار الآحاد لانه حمل النهى على المضروب بالمضروب دون المصوغ بالمضروب ورأى ان الصياغة معنى زائد يجوز أن يكون عوضا للفضل على حسب ما يقول أبو حنيفة فمن باع مائة دينار في قرطاس بمائتي دينار ان ذلك جائز ويجعل القرطاس عوضا للمائة الأخرى

(فصل) وقول أبي الدرداء من يعذرني من معاوية أنا أخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ويخبرني عن رأيه انكار منه على معاوية التعلق برأى يخالف النص ولم يحمل ذلك من معاوية على
التأويل وانما حمله منه على رد الحديث بارأى اما لانه لم يرد بقوله عن مثل هذا المصوغ بالمضروب
وفيه نقل النهي فيمنع التأويل والتخصيص واما لانه حمل قول معاوية ما أرى بمثل هذا بأى ساعلى
تجويز التفاضل بين الذهبين في الجملة دون تفصيل وأما التأويل فلا خلاف في جوازه وفيما قاله
أبو الدرداء تصرّح بأن أخبار الآحاد مقدمة على القياس والرأى وقوله لا أسأ كنك بأرض أنت فيها
مباغة في الانكار على معاوية واطهار لهجره والبعد عنه حين لم يأخذ بما نقل اليه من نهى النبي صلى
الله عليه وسلم ونظر الرجوع عما خالفه

(فصل) وقوله ثم ندّم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب قد كر ذلك له على معنى رفع ما ينكر الى الامام اذ لم يستطع على تغيير المنكر عنده فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا يبيع ذلك الاوزنا بوزن على حسب ما يجب على الامام من أمر حاكمه بالحكم بالحق والتبصير لهم بصواب الأحكام وقوله الاوزن ابوزن يقضى المنع من الجزاف في ذلك لان ما حرم فيه التفاضل يحرم فيه الجزاف لانه لا يعلم معه التساوي والجهل فالتساوي كالعلم بالتفاضل في التحريم والمنع من صحة العقد ولا يجوز التحري في هذا لما جرت العادة من قلة التسامح بيسيره ولم ينكر عمر رضي الله عنه على معاوية ما راجع به أبو الدرداء لما احتمل من التأويل على ما قد مناه والله أعلم وأحكم ص ✽ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا تتبعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا يبيعوا الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استظرك الى أن يلج بيته فلا تنظره اني أخاف عليكم الرماء والرماء هو الرباء ✽ مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب قال لا تتبعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا يبيعوا الورق بالورق الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا

وحدثني عن مالك عن نافع
عن عبد الله بن عمر أن عمر
ابن الخطاب قال لا تتبعوا
الذهب بالذهب الا مثلا
بمثل ولا تشفوا بعضها على
بعض ولا تتبعوا الورق
بالورق الا مثلا بمثل ولا
تشفوا بعضها على بعض
ولا تتبعوا الورق بالذهب
أحد ما غائب والآخرا
وان استنظرك الى أن
يلج بيته فلا تنظره اني
أخاف عليكم الرماء والرماء
هو الربا * وحدثني عن
مالك عن عبد الله بن دينار
عن عبد الله بن عمر أن عمر
ابن الخطاب قال لا تتبعوا
الذهب بالذهب الا مثلا
بمثل ولا تشفوا بعضها على
بعض ولا تتبعوا الورق
بالورق الا مثلا بمثل ولا
تشفوا بعضها على بعض
ولا تتسعوا

شيأ منها غائباً بناجز وان استنظر إلى أن يلج يتيه فلا تنظره أني أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا **ش** قوله ولا تتبعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز منع من تأخر أحد العوضين في الصرف عن حال النقد وذلك يمنع الاجل في الصرف والعقد على تأخير قبضه لان الناجز هو ما يجز القبض فيه حال العقد والغائب يصح أن يراد به ما غاب عن المشاهدة حال العقد مثل أن يكون في كم الصير في أوفى نابوته ويحتمل أن يراد به ما غاب عن الحضور وقت العقد وهذا هو الأظهر فيه لمقابله بالناجز ولو أراد المشاهدة لقال ولا تتبعوا منها غائباً بمشاهدة وقد كره مالك أن يعقد مع الصير في على دينار بدراهم في دفع اليه الدينار فيخلطه بذهبه أوفى نابوته ثم يخرج الدراهم ويترك الدينار حتى يخرج الدراهم ويحضر العينان فهو أبلغ في المناجزة صورة ومعنى لان أخذ الدينار وتعيينه ثم اخراج الدراهم بعد ذلك ليس على صورة المناجزة بل هي من أفعال التأخير وصفة التباعد فيما لا يراعى فيه التقابض والتناجز (مسئلة) فان تعاقدا الصرف ولم يكن عند أحد منهما عقد عليه ثم استسلف أحدهما دينارا والاخر دراهم ولم يفترقا حتى تقابضا لم يجز ذلك لان كل واحد منهما قد عقد الصرف على غائب لم يكن حاضر الصفة في عقد عليه ولا كان على يقين من امكان ما يقبضه فقد دخل في العقد على غير ما يقضيه ويصححه من التناجز والتقابض حال العقد (مسئلة) وان أخرج أحدهما الدينار واستسلف الاخر الدراهم فتناقدا قال أشهب لا يجوز ذلك وقال ابن القاسم ان كان شيئاً غريباً كحل الصرة ولا يقوم لذلك ولا يفترقان فلا بأس به وجه قول أشهب ان عقد الصرف قد تناول غائباً والفساد في أحد العوضين كالفساد فيهما في ابطال العقد ووجه قول ابن القاسم ان الذي حضر عوضه ولم يحتج أن يستسلف يصح العقد من جهته لانه صار في بناجز وعقد الصرف على أن صاحبه بمثابة فهو يقول لصاحبه انك أردت الاستسلاف لافساد ما انعقد بيننا من الصرف على الصحة فلا أصدقك كما لو أسلفته دنائير ثم ادعى انه قصد الانتفاع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حلول ما في الذمة يقوم مقام حضور ما عي مشغولة به والقبض يتجزأ فيه بآرائهم فان كان لرجل على رجل دراهم لم يجز أن يدفع اليه فها ذهباً قبل الاجل لان ذلك من باب التناجز في الصرف لان تأجيلها يقوم مقام تأخير القبض فيها إلى أجلها ولا بأس اذا حل أجلها بالأصل في ذلك ما روى عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الأبل بالبيع بالدينار وأخذ الدراهم فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم قال لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم يفترق بينك وبينها ومن جهة المعنى ان حلول ما في الذمة بمنزلة حضوره والبراء منه يقوم مقام القبض فيه وذلك يقتضي الجواز ولو كان لرجل على رجل دنائير ولاخر عليه دراهم حله جاز أن يتطارحاً صرافاً لما ذكرنا (مسئلة) والغاصب اذا غصب دنائير ثم لقي صاحبها وقال ان ذهبك في داري فصار فله عنها بدراهم روى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك لان ما غصب من الذهب متعلق بذمته ويصح قبضه بالبراءة وهذا القول مبنى على أن الدينار والدراهم لا تتعين في الغصب وقد ذكر القاضي أبو الحسن انه روى عن مالك (مسئلة) وأما الوديعة فهل يجوز ذلك فيها قال ابن القاسم لا يجوز وروى في كتاب ابن المواز أشهب عن مالك انه جائز وجه رواية الاولى في ذلك أن حق المودع متعلق بعين ماله لانه لم يتعلق بذمة غيره فلا يجوز أن يصار به الاعند حضوره ووجه القول الثاني انه لما كان للمودع التصرف فيها بالاستسلاف ومالك كذلك لكونها في يده صح أن يعتقد عند الصرف انه قد استسلفها فتعلق بذمته ثم يصار فيها ويوجب على هذا أن لا يجوز في الحلي قولاً واحداً (مسئلة) وأما الرهن فقال ابن القاسم لا يجوز ذلك فيه وقال مالك من رواية محمد عنه

شيأ منها غائباً بناجز وان
استنظر إلى أن يلج يتيه
فلا تنظره أني أخاف
عليكم الرماء والرماء هو الربا

ذلك جائز وجه الرواية الأولى ما قد سنا من تعلق حق الرهن بعين ماله ووجه الرواية الثانية تعلق
 الرهن بعين المرتهن ويجب على هذا التحليل جواز في العارية والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله وان استظرك الى أن يلج بيتك فلا تنظره يريد المنع من التفرق قبل التناجر
 بالتقايض وان قرب فإن تأخر قبض أحد العوضين عن وقت الصرف بطل العقد في هذا اذا كان
 مقتضى العقدان العدمي على الفساد وان عرا عن ذلك العقد فاختار ذلك بعد تمام العقد طرأ
 على العقد الفساد لعدم ما فوض شرط في محته وتعامه بأن طلب أحدهما صاحبه بالتناجر وامتنع منه
 الآخر حتى احتاجا الى التفرق والتعاكم (مسئلة) والتأخر اليسير من أحد عوضي الصرف
 يقوم مقام تأخر جميعه في ابطال العقد وهذا مبني على ان العقد متى بطل بعضه لحق الله تعالى بطل
 جميعه وذلك بأن تجمع المقتضيات لولا حراما فانه يبطل جميعها فاما المشهور من منعه مالك ورأيت
 لزيد بن عبد الرحمن الأندلسي رواية عن مالك فيمن سلم مائة دينار في مائة اردب خنطة قضى فيها
 خسين وأخذ خسين ان يصح منها ما قضى عنه ويبطل ما أخذ عنه وهذا يقتضي انه انما يبطل من
 المقتضى ما يخص به الفساد ويصح منها ما عرا عن الفساد وبه قال الشافعي
 (فصل) وقوله اني أئاق عليكم الرما والرهاو الربا أصل الربا في كلام العرب الزيادة يقال
 أريت على كذا بمعنى زدت عليه فغنى ذلك اني أئاق عليكم الزيادة في أحد العوضين من جنس
 واحد في العين والزيادة هي الربا الذي نهى الله تعالى عنه في قوله تعالى وحرم الربا ونهى عن رسوله
 صلى الله عليه وسلم ص (ع) مالك انه يلقه عن القاسم بن محمد انه قال قال عمر بن الخطاب الدينار
 بالدينار والدرهم بالدرهم والماع بالماع ولا يباع كالي بناجر (ع) ش قوله الدينار بالدينار والدرهم
 بالدرهم يريد متساويين وقوله الماع بالماع يريد من جنس واحد ولا يباع كالي بناجر يريد مؤخر
 بمجمل ويحتمل أن يريد من الجنس الواحد والجنسين اذا جمعا علة واحدة في الربا وهذا الذي عليه
 جمهور الفقهاء وبه قال الشافعي وجوز ذلك أبو حنيفة وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى
 ص (ع) مالك عن أبي الزناد انه سمع سعيد بن المسيب يقول لا ربا الا في ذهب أو فضة أو ما يكال أو
 يوزن عابو كل أو يشرب (ع) ش قوله لا ربا الا في ذهب أو فضة يقتضي ان علة الربا هي ما عدا
 قمناء من أنها أصول الأمان وفيه المتلفات وقوله أو ما يكال أو يوزن عابو كل أو يشرب يقتضي
 أن علة الربا علة في المعلوم انه مطعوم مكيل أو موزون فعلى هذا ثبت الربا عنه في الخضر الموزونة
 والنوا كة الرطبة المكيلة فقد تقدم الكلام في ذلك ص (ع) مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع
 سعيد بن المسيب يقول قطع الذهب والورق من الفساد في الارض (ع) ش قوله ان قطع الذهب
 والورق من الفساد في الارض يريد قطع الدنانير الصالح والدرهم الصالح من الفساد في الارض
 وذلك على ضربين أحدهما أن يقطعها لبيعها مقطعة فانه من الفساد لانه يتسبب الى ادخال
 الفس في الذهب والورق لانه اذا قطعت صفارا أدخل بينها المغشوش وتسامح الناس باتفاق
 اليسر منه في الجلة وخفي على كثير من الناس تمييزه من غيره والضرب الثاني فرضا في البلد الذي
 يجري فيه عددا لمنفقها عدا فبقى عنده ما قد فرض منها حجة من كل من قال فيستعمل ذلك فهذا
 لا يجوز لانه من الفس ووجه ذلك ان الذي يأخذ منه انما يأخذ على أنه وازن ولا فرق بين أن يفس
 بنقصه أو يفس باذنا الداخل في جودته وقد قال الشيخ أبو اسحق يودب كاسر الدنانير والدرهم
 قال الله تعالى قالوا يا شيعبأ سلاتك تأمرك أن تترك ما يعبد أبائونا أو أن نفعل في أموالنا ما نشاء

• وحديثي عن مالك انه
 يلقه عن القاسم بن محمد
 انه قال قال عمر بن الخطاب
 الدينار بالدينار والدرهم
 بالدرهم والماع بالماع
 ولا يباع كالي بناجر
 • وحديثي عن مالك
 عن أبي الزناد انه سمع سعيد
 ابن المسيب يقول لا ربا
 الا في ذهب أو فضة أو ما
 يكال أو يوزن عابو كل
 أو يشرب • وحديثي
 عن مالك عن يحيى بن
 سعيد انه سمع سعيد بن
 المسيب يقول قطع الذهب
 والورق من الفساد في
 الارض

قال كانوا يكسرون الدنانير والدراهم وقال سعيد بن المسيب هو من الفساد في الارض ولذلك قطع عبد الله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز يد من فعل ذلك وذلك غير لازم لانه خيانة وغش فلم يجب فيه قطع كسار ما يغش فيه من الأعواض (مسئلة) وهذا في الدنانير الصالح والدراهم الصالح فأما مقدم قطعه فهل يمنع من قطعه أم لا كرهه مالك وقال ابن القاسم كل ما يقع عليه اسم درهم فلا بأس بقطعه وقال أصبغ كل ما ليس بمدور فلا بأس أن يقطع منه وجهه قول مالك أن القرض الكثير أقرب إلى الميز وأبعد من الغش من القرض الصغير (مسئلة) اذا ثبت ذلك فبالناس حاجة إلى التبائع بكسور الدنانير والدراهم فمن ابتاع بكسر دينار أو درهم في موضع الصالح فلا يخلو أن يكون دينار يستثنى منه جزءاً من الذهب أو جزءاً من الورق فان كان المستثنى جزءاً من الذهب فقد قال ابن المواز فحين اشترى بعشرين قيراطاً من ذهب أو بمئقال غير ربع مئقال انه يقضى عليه بالدراهم وتحرير ذلك عندي ان ما جرت العادة أن ينقص من الدينار الصحيح غالباً ويوجد على ذلك الوزن كثيراً كالقيراط والقيراطين فانه يقضى عليه بالدينار وما لم تجر العادة بنقصه من الدينار الصحيح الا نادراً واذا انقص منه خرج إلى حد المجموعة لم ينقص عليه فيه الا بالدراهم لانه ان قضي عليه بالدينار الصحيح كلف من هو عليه ما يتعذر وجوده أو كلف من هو له أن يأخذ مقطوعاً وفي ذلك ترك بعض حقه ولو وقعت المبيعة بدينار الاسدسا إلى أجل جاز ذلك وقضى عليه عند انقضاء الأجل بالدراهم (فرع) ولو تبرع من هو عليه بأداء دينار لبيق له سدس من دينار ورضى بذلك القابض جاز ذلك لانه تبرع بسلف سدس دينار وقدر روى ابن القاسم عن مالك انه توقف في ذلك بعد أن قال لا يعجبني (مسئلة) ولو كان الجزء المستثنى ورقاً فلا يخلو أن يكون حالاً أو إلى أجل فان كان حالاً جاز ذلك في أقل من دينار وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى وان كان إلى أجل لم يخل أن يكون جزءاً يسيراً أو كثيراً فان كان كثيراً لم يجز جلة وان كان يسيراً لم يخل من أن يختلف الدينار والدرهم في التعجيل والتأجيل أو يتفقا في ذلك فان اختلفا مثل أن يتعجل الدينار والسلعة ويتأجل الدرهم أو تتعجل السلعة والدرهم ويتأجل الدينار وتتعجل السلعة مع أحدهما ويتعجل الآخر مفرداً فهذه الأوجه المشهور من المذهب منعها وقدر روى ابن المواز عن ابن عبد الحكم عن مالك اجازة تعجيل الدينار وتأخير السلعة والدرهم وروى ابن القاسم عن مالك انه رجع عنه ومعنى رواية ابن عبد الحكم ان الصرف اليسير الذي هو تبع للبيع له حكم البيع في التعجيل والتأجيل كما أن البيع اليسير الذي هو تبع للصرف له حكم الصرف وهذا خلاف ما رواه ابن القاسم في المسئلة ان الفضة اليسيرة مع السلعة بالذهب لا يكون صرفاً لقلتها لا يصلح التأخير فيها في قول مالك ووجه ذلك تغليب الخطر على الاباحة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وان اتفقا في التقديم أو التأخير فلا يخلو أن يتعجل الدينار والدرهم وتتأجل السلعة وتتعجل السلعة ويتأجل الدينار والدرهم فان تعجل الدينار والدرهم وتأجلت السلعة فقد روى ابن القاسم عن مالك لا يجوز وروى أشهب وابن عبد الحكم عن مالك هو جاز وجه رواية أشهب ان التناقض يوجب الدينار والدرهم فلم تمتنع مخالفة الثوب لهما من الجواز كما لو تعجل الثوب وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد (مسئلة) وان تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد فقد قال ابن المواز لم يختلف أصحابنا في اجازته والفرق بين هذه المسئلة وبين التي قبلها على مذهب ابن القاسم انه اذا تعجل الدينار والدرهم وتأخرت السلعة فقد وجد الصرف بينهما وكل فوجب أن يتعجل ما معهما من

نوب أو غيره فاذا لم يتعجل بطل ذلك كله لتأخر القبض في بعض أعواض الصرف وأما إذا
تعملت السلعة وتأجل الدينار والدرهم فان ذمة بائع الثوب ليست بمشغولة بدرهم ولا غيره وذمة
مشتري الثوب مشغولة بدينار غير قدر الدرهم فليس بينهما صرف وإنما هو بيع نوب بدينار غير
هذا المقدار من الدينار فتأخر العوضين فيه لا يمنع صحة العقد وهذا المعنى لم يجز أن يقدر النقص
بدرهم كثيرة يختلف بها قدر ما ينقص الدينار عند الأجل لاختلاف الأسواق اختلافا كثيرا وإنما
يجوز ذلك في الدرهم والدرهمين لقلة ما يؤثر اختلاف الأسواق بهذا المقدار في الدينار (فرع)
وكم قدر اليسير الذي يجوز من ذلك قال في المدونة يجوز في الدرهم والدرهمين ومنعه في الثلاثة وقال
لاخبر فيه وقد أجاز مالك في المختصر الكبير في الثلاثة الدراهم وقال الشيخ أبو بكر يجوز ذلك
فيما بينه وبين ثلث دينار لأنه في ذلك يكون تبعا وأصل هذه المسئلة أنه إذا استثنى جزأ من الذهب فقد
يستثنى بلفظ الذهب وإن كان يسيرا قضى عن المبتاع بالذهب وإن كان المستثنى كثيرا مثل أن يشتري
سلعة بدينار الاسدسا أو الاخسا لم يقض عليه إلا بالدراهم لما تقدم (فرع) ولو باع رجل ثوبا
بنصف دينار إلى أجل ثم باعه بعد ذلك سلعة بنصف دينار إلى ذلك الأجل على أن يدفع إليه دينارا عند
الأجل فقبض مالاً في الموازنة لا يعجبني ذلك ولو لم يشترط ذلك فأراد المبتاع أن يدفع إليه صرف
نصفين عند الأجل لم يكن له ذلك ويجبر على أن يدفع إليه دينارا قال ابن القاسم على ما أحب أو كره
وهذا عندى فيه نظر لأنه إذا كان يجبر عند الأجل على دفع الدينار ان اختار ذلك البائع فلا يضر
اشتراط ما هو من مقتضى تعاملهما ويجبر عليه من أباه منهما والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان اشترط
ذلك بلفظ الورق فقد اشترط البائع على المبتاع الذهب ويرد هو عليه المستثنى ولا يلزم على هذا أن
يعتبر بسعر الدرهم حين العقد لأنه لا يمنع أن يكون الاعتبار بالمستثنى بالمبلغ ويراعى تأثيره في المال
المستثنى منه كالمكيل يستثنى من الصبرة أو ثمرة الحائط وهذا يدل على رواية أشهب وماتحا إليه ابن
القاسم في روايته عن مالك وأما على رواية ابن المواز في قوله ان الاعتبار بمقدار الدراهم حين العقد
دون وقت الاقتضاء وإنما جاز ذلك في القليل دون الكثير لان صحيح الدينار هو ما ينقص منه القيراط
والاثنتان والثلاثة وما ينقص منه أربعة قيراط وخسة فهو من جملة المجموعة وكذلك من باع بمشقال
غير سدس قضى له بالدراهم ومن باع بمشقال غير قيراط قضى له بالدينار فإما يجوز من الاستثناء
بالدراهم ما لم يتغير نسبة الدينار لأنه إذا باع بمشقال الادرهما والادرهمن فقد باع بدينار صحيح لانه
بمنزلة أن يبيع بدينار غير قيراطين وهو من جملة الصحيح فلم يكن للاستثناء تأثير في تغيير صفة الدينار
وإذا باع بدينار الاخسة دراهم فقد باع بدينار صحيح ولو استثنى بلفظ الدراهم لأخذ مجموعا لانه بمنزلة
أن يبيع بدينار غير ربع دينار وذلك ينفي أن يكون صحيحا ويجعله من جملة المجموع فكان
للاستثناء بالدراهم تأثير في تغيير صفة الدينار فدخل بذلك في حكم الصرف الذي لا يجوز فيه التأخير
(فرع) فاذا قلنا بالمشهور من المنهبة انه لا يجوز إلا في الدرهم والدرهمين فلو باع رجل مائة نوب كل
نوب بمائة دينار الادرهما فهل يجوز أن يكتب عليه مائة دينار الامائة درهم في العتية من رواية أشهب
أن ذلك جائز ولا يصلح أن يحمل عليه دينار يكتب عليه إلى أجل وفي كتاب ابن المواز لا يجوز
ذلك الآن يقوم الدينار قبل أن يفترقا وجه الرواية الاولى أن هذه الرواية مبنية على أن المراعى في
الصرف يوم القضاء دون وقت العقد وذلك غير معلوم قبل أوانه ووجه الرواية الثانية ما احتج به ابن
المواز من أنه إذا حان الأجل فدفعت إليه مائة دينار وأخذ مائة درهم فهو صرف مستأخر عن العقد

وهذا القول مبنى على مراعاة مقدار الدرهم من الدينار يوم العقد وقد روى ابن المواز في هذه المسئلة وجهين آخرين أحدهما يجوز نقدا ولا يجوز إلى أجل والثاني لا يجوز نقدا ولا إلى أجل فأما منعه بالأجل فانهما ان قوما الدراهم بالذهب حين العقد دخله من الفساد ما تقدم بما احتج به لرواية أشهب وان أخر ذلك دخله من الفساد ما احتج به ابن المواز ووجه منع ذلك في النقد أيضا ما يدخله من البيع والصرف في الكثير من كل واحد منهما لأن الدراهم اذا كثرت كثرت درهما من الدينار واختلف ذلك إلى الأجل باختلاف أسواقها مؤثر في قدر الناقص من الدينار جهالة (فرع) ولو باع ثوباً بخمسة دنانير لادراهم فادفع إليه أربعة دنانير وأخره حتى يدفع إليه ديناراً ويأخذ منه درهماً ودفع إليه ديناراً وأخذ منه درهماً واحداً بأربعة دنانير حتى يقبضه أياها لم يجز ولو باعه سلعة بخمسة دنانير لاربعة دنانير أو سدس دينار فنقده أربعة دنانير حتى يأتيه بالربع دينار ويدفع إليه الدينار أو دفع إليه الدينار وقبض منه ربع دينار وبقيت أربعة دنانير فقد قال ابن القاسم عن مالك أنه يجوز (فرق) والفرق بين المسئلتين أنه اذا باعه بخمسة دنانير لادراهم فان نقص الدينار الخامس انما يتقدر بغير جنسه به يتحقق دون جنس الدينار لأنه لو رام تقديره بجنس الدينار لم يصح ذلك إلا بعد تقويم ويدخله النقص والزيادة والتجاوز فلزم بذلك دفع الدراهم وقبض الدينار فأشبهه العوض ووجب أن يراعى فيه ما راعى في الصرف اذا ثبت للعقد حكم الصرف ووجه آخر وهو أنه لا يصح أن يكون له حقيقة الاستثناء من الجنس لأنه لا يجوز عند بعض أصحابنا الاستثناء من غير الجنس واذا قلنا بجوازه على مشهور قول الجمهور من أصحابنا فإنه لا ينقص به عدد المستثنى منه فاما يرجع إلى أن له حكماً وأما اذا باعه الثوب بخمسة دنانير غير ربع دينار فاما يتقدر النقص من الدينار الخامس بجنسه فلا يلزم بائع الثوب دفع ربع الدينار ولا يحتاج في تحقيق النقص به إلى تقويم فلم يكن للربع الذي ينقص من الدينار حكم العوض ولا له تعلق به وانما له حكم المستثنى بمنزلة ما لو قال بعثك هذا الثوب بخمسة دنانير لادراهم فادفع إليه ثلاثة دنانير وأخذ ديناراً فلا خلاف في جواز ذلك والله أعلم ص * قال مالك ولا بأس أن يشتري الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافاً اذا كان تبراً أو حلياً قد صيغ فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئاً من ذلك جزافاً حتى يعلم ويعدان اشترى ذلك جزافاً فاما يراى به الفرع حين يترك عده ويشترى جزافاً وليس هذا من بيع المسلم فاما ما كان يوزن من التبر والحلي فلا بأس أن يباع ذلك جزافاً وانما ابتاع ذلك جزافاً كهيئة الخنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التي تباع جزافاً ومثلها يكال فليس بابتاع ذلك جزافاً بأس

* قال مالك ولا بأس أن يشتري الرجل الذهب بالفضة والفضة بالذهب جزافاً اذا كان تبراً أو حلياً قد صيغ فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئاً من ذلك جزافاً حتى يعلم ويعدان اشترى ذلك جزافاً فاما يراى به الفرع حين يترك عده ويشترى جزافاً وليس هذا من بيع المسلم فاما ما كان يوزن من التبر والحلي فلا بأس أن يباع ذلك جزافاً وانما ابتاع ذلك جزافاً كهيئة الخنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التي تباع جزافاً ومثلها يكال فليس بابتاع ذلك جزافاً بأس

الجملة في رغب الناس في خفافها لهذا المعنى فاذا بيعت جزا فادخله الفرر من وجهين أحدهما من جهة المبلغ في الوزن والثاني من جهة المبلغ في العدد فلم يجوز ذلك لكثرة الفرر وأما الجزاف في سائر المكيالات والموزونات فاعلم يا رجل الفرر فيه من وجه واحد وهو المبلغ في الكيل أو الوزن فلما قل الفرر فيها جاز وهذا الذي قلناه يقتضي جوازها جزافا بحيث لا يجوز عددا ولا يجوز ألا بالوزن خاصة والمسئلة عندي مبنية على قول مالك إن الدينار والدرهم لا يتعين بالعقد وقد اختلف في هذا الأصل قول ابن القاسم وأشهب فقال ابن القاسم في السلم الثاني فبين شرط في الاقالة عين دراهمه وهي موحودة حاضرة أنه لا يستحق اعيانها والسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقال في كراء الواحد ومن أكثرى راحلة بدرهم باعياها ولم يكن العرف النقود ولا اشتراطه لا يجوز ذلك إلا أن يشترط انها تلفت أعطاه غيرها وهذا يقتضي تعيينها وقال أشهب ذلك جائز وعليه أن يأتي بغيرها وهذا ينفى التعيين وقال الشافعي تعيين بالعقد والدليل على انها لا تتعين بالعقد قوله تعالى وشروه بفن يخس دراهم معدودة قال الفراء الثمن ما ثبت في النعمة والفراء امام في اللغة فاذا ثبت أن الثمن في كلام العرب ما ثبت في الذمة كان هذا الاسم منطلقا على هذا الجنس من المال ويختص به اقتضى ذلك أن لا تتعين لأنه متعلق بالذمة ودليلنا من جهة القياس انه ممن وجب أن يثبت في الذمة أصله اذا أطلق العقد (فرع) اذا ثبت ذلك فان قلنا ان الدينار والدرهم لا يتعين بالعقد فانه لا يجوز بيعها جزافا لان العقد عليها انما يتناول ما في الذمة والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة بعقد وانما يثبت منه المقدر بكيل أو وزن أو عدد ألا ترى ان ما يجوز فيه الجزاف من القمح والشعير والكمحل والحرير لا يصلح أن يثبت في الذمة منه الجزاف وانما يثبت منه في الذمة المقدر بالكيل والوزن وان قلنا ان الدينار والدرهم يتعين بالعقد فانه يجوز بيعها جزافا كسائر الموزون والمكيل الذي يتعين بالعقد ولذلك يجوز أن يباع تبره ومصوغه جزافا لما كان يتعين بالعقد فلا خلاف في ذلك (فصل) وقوله قال اشترى ذلك جزافا فاعلم ان الفرر يحق أن يردها ما يشير اليه من الجزاف انما يستحق فيجب عليه مثله ولا يعلم كم وزنه فيكون المبيع مجهولا لا يتقدر بكيل ولا وزن ولا عدد وهو من أعظم الفرر والخطر

(فصل) وقوله فاما ما يوزن من التبر والحلي فلا بأس ببيعها جزافا كالخنطة والتمر وغير ذلك مما يكال تعلق الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد بظاهر هذا في منعها ذلك في الدينار والدرهم لكونهما معدودين ويجوز هما ذلك في التبر والحلي لان العدد لا يتأتى منهما وانما يعتبرا بالوزن وعلى هذا يجب أن يجوز الجزاف في المقطوع من الدينار والدرهم لتي لا يجوز فيها العدد ويجوز ذلك في صحاحها بحيث لا يتقدر بالعدد والقول الاول أظهر والله أعلم

ص قال مالك من اشترى مصصفا أو سيفاً أو خاتماً وفي شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فان ما اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فانه ينظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظرا الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا

قال مالك من اشترى مصصفاً أو سيفاً أو خاتماً وفي شيء من ذلك ذهب أو فضة بدنانير أو دراهم فان ما اشترى من ذلك وفيه ذهب بدنانير فانه ينظر الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظرا الى قيمته فان كان ذلك يدا بيد ولا يكون فيه تأخير وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق نظرا الى قيمته فان كانت قيمة ذلك الثلثين وقيمة ما فيه من الورق الثلث فذلك جائز لا بأس به اذا كان ذلك يدا بيد ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا

وحلى النساء يكون فيه الذهب والفضة فهذا الاخلاق فيه انه مباح اتخاذه والأصل في ذلك ما روى
 حيد عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان خاتمه من فضة وكان فضه منه وأما المصنف والسيف
 واخاتم للرجال محلى شيء منه بالذهب فان ظاهر هذا اللفظ يقتضي اباحة ذلك في المصنف والسيف
 وقد أشار الى ذلك في الخاتم ويحتمل أن يريد به خاتم النساء وعلى ذلك اختصره الشيخ أبو محمد وفي
 العتبية من رواية سباع بن القاسم عن مالك انه كره أن يجعل في خاتمه سبار ذهباً ويخط بقبضته منه
 حبة أو حبتين لئلا يصد أو هذا أخف من اتخاذه من محض الذهب وقال ابن حبيب لا يجوز شيء من
 الذهب في حلى الرجال فعلى القول الاول يجوز في حلى السيف والمصنف ويجوز ذلك في حلى النساء
 وخواتمهم ولا يجوز في خواتم الرجال والدليل على بيعه في خواتم الرجال ما روى عن النبي صلى
 الله عليه وسلم أنه نهى عن التخم بالذهب ومن جهة المعنى ان السيف والمصنف مما يختص بالرجال
 فلذلك جاز أن يحلى بالذهب لانه ليس في التحلى به مشاركة للنساء ولا مساواة لهن في باب التصلى به وأما
 الخاتم فانه مما يتصل به النساء كما يتصل به الرجال فذنع الرجال من الذهب وأبيع للنساء لان باب التصلى
 مبني على نفي المساواة وأما المصنف فليس من باب التحلى بل بابه ممنوع وهو اتخاذه بالذهب والفضة
 فيما يستعمل مما ليس يحلى للجسد وذلك كله ممنوع للرجال والنساء كأواني الذهب والفضة
 والمسكاحل والمجامير والمداهن منه ما يخص المصنف لتعظيم أمره كما في مفاتيح الكعبة والكسوة
 دون سائر البيوت على سبيل التعظيم وذلك لا يقال فيه انه من حلى الرجال ولا من حلى النساء وانما هو
 من حلى المصنف فاستوى في ذلك الرجال والنساء والله أعلم وسند كركم ذلك باوعب من هذا في
 باب الجامع ان شاء الله تعالى وقد أضاف الى ذلك ابن حبيب المناطق والاسلحة كلها اذا كانت مفضضة
 فهي كالسيف في ذلك

(فصل) والشرط الثاني أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة تبعاً لقيمة المحلى وبما تكون الموازنة
 من الحلى بجمته أو وزن ما فيه الظاهر من المذهب أن الموازنة بوزن الحلى وقيمة المحلى وقد رآته نصاً
 لبعض شيوخ القرويين ولفظ الموطأ ثابت فان كان قيمة ذلك الثلث وقيمة ما فيه من الذهب الثلثين
 فهذا يقتضي اعتبار قيمة الحلى دون وزنه فان لم يكن تجوز في عبارة فهذا اخلاف ما قدمناه والصواب
 في ذلك الاعتبار بالوزن لان كل حكم يعتبر في تحليل بيع الذهب وتحريره فاما يعتبر فيه بوزنه دون
 قيمته كالتساوي والتفاضل (مسئلة) وكالمقدار الذي اذا بلغه كان تبعاً واذا تجاوز لم يكن تبعاً
 لم يختلف أصحابنا في النص على هذه المسئلة في ان الثلث وما دونه في حكم التبعية وان ما زاد على ذلك
 فليس يتبع وفي العتبية من سماع أشهب عن مالك فيمن أعطى درهما وأخذ نصفه درهما صغيراً قد كنا
 نكرهه ونحن نجيزه الآن فعلى هذه الرواية يجب أن يكون التسع النصف فاقل وبالزيادة على النصف
 يخرج عن حد التبعية لان المجوز في الموضوعين انما هو بمعنى الضرورة ومن أصحابنا العراقيين من
 يذهب الى أن النصف في حيز القليل وتعلق في ذلك بقوله تعالى قم الليل الا قليلا لنصفه وان النصف
 بدل من القليل

(فصل) وأما الشرط الثالث فان يكون الحلى مرتبطاً بالمحلى ارتباطاً في ازالته مضرة فلا يقدر على
 ازالته من المبيع وتميزه الا بمضرة لاحقة فاما ما كان في نقصه كسر لمصياغته كالقصوض المصوغ
 عليها الحلى والمصاحف التي فيها مسامر الفضة وحلية السيف التي تسمر في حائله وجعبته فهذا مما يبيع
 ما ذكرناه وأما ان كان من القلائد التي لا يفسد غير نظمها بتميز قلادتها فالظاهر من المذهب انه لا تأثر

لها في الإباحة وبه قال ابن حبيب وقد تقدم ذكر الخلاف فيه في كتاب الزكاة (مسئلة) إذا كملت هذه الشروط الثلاثة جاز أن يباع المحلى فيه بجنس ما فيه من المحلى فإن كان محلى بفضة جاز بيعه بالفضة وإن كان محلى بذهب جاز بيعه به وإن انخرم شرط من ذلك لم يجز (فصل) وقوله يدايد يقتضى التناجز ومنع دخول التأخير في ذلك بجنسه إلى أجل فالمشهور من المذهب منعه رواه ابن القاسم عن مالك خلافا لبيعته في تجويزه والدليل على ما نقوله أن اللاجل من التأثير في الفساد ما ليس للتفاضل بدليل أنه يجوز التفاضل بين الجنسين ولا يجوز بينهما النساء فلذلك أثر في جواز البيع ولم يؤثر في الأجل (مسئلة) وأما أن كان في المحلى ذهب وفضة هما تبع لما هما فيه من المحلى فقد روى ابن حبيب له يبيعه بكل واحد منهما وروى ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن المواز محلى بذهب وفضة فليبيع بأقلهما إن كان الثلث فدون يدايد وإن كان نقار يبيع بالعرض ثم رجع مالك فقال لا يباع بذهب ولا ورق وبه أخذ ابن القاسم وأخذ ابن عبد الحكم بالقول الأول وقد أشار في هذه المسئلة بقوله محلى بذهب أو فضة سيف أو غيره من حلى النساء مما يجتمع فيه الأمر أن فيه قولين أحدهما يباع بالتبع ووجهه أن يبيعه بنصفه مع تحريم التفاضل بجوز فبان يجوز بغير صنفه مع تجويز التفاضل أولى أن يجوز والقول الثاني لا يجوز لأنه يجتمع فيه أمران من المكروه أحدهما يبيع العين بجنسه متفاضلا والثاني اجتماع البيع والصرف في عقد واحد (فرع) فإذا قلنا بالجواز فقد قال ابن حبيب إن كان تبعا جاز بيعه بذهب أو ورق فجوز بيعه بكل واحد منهما إذا كان كل واحد منهما تبعا للمحلى والمفهوم من رواية ابن القاسم عن مالك أنه يراعى بعد كونها تبعا للمحلى أن يكون أحدهما تبعا للآخر فتكون العين تبعا للبيع والقليل منها تبعا للكثير فإذا بيع بأقلهما صار إلى حكم الصرف مع التبعية على وجه البيع قال ابن حبيب وإن كان أحدهما تبعا والآخر أكثر من المبيع يبيع بالتبع ولا يباع بالآخر وإن تجاوزا التبعية لم يبيع إلا بعرض (مسئلة) وأما بيعه بغير صنفه فقد قال ابن حبيب ذلك جائز ونص عليه غيره من أصحابنا وقد نص مالك على أنه لا يجوز بيعه وصرفه في عقد واحد قال ابن حبيب وقد استغف ذلك بعض أصحاب مالك فوجه المنع أنهما عقدان مقتضى أحدهما غيره مقتضى الآخر فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد كالبيع وذلك أن مقتضى الصرف أن عدم التناجز في المجلس يفسده والبيع لا يفسد بذلك كما أن القراض لا يجوز أن ينقذ لازما والبيع يجوز أن ينقذ لازما فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد ووجه رواية الإباحة أنهما عقدان لازمات لا يتنافيان لأن التناجز من لازم الصرف فإنه لا يبطل البيع فجاز أن ينقذ على الوجه الذي يصحان عليه (فرع) فإذا قلنا برواية المنع وهي الأشهر فإن ذلك على ضربين أحدهما أن يكون التبعية ملصقا بالمبيع لا يمكن إزالته إلا بضررقائه يجوز بيعه بغير جنسه من العين وإن لم يكن تبعا للبيع وعندى أنه يجوز أن يكون المحلى غير مباح الاتخاذ ووجه ذلك أن هذه المعاني يبيع بها العلم بجنسه والتفاضل يحرم فيها فبان يبيع بغير جنسه مع إباحة التفاضل أولى (مسئلة) فإذا قلنا بمنع الصرف والبيع في عقدان ذلك يمنع إذا كان كل واحد منهما مقصودا في نفسه فإن وقع فقد قال عيسى بن مريم لم تمت السلعة فإن فاتت لم تمت المتاع قيمتها وتراد العين فإن كان أحدهما غير مقصود بقيته فلا بأس لأن الضرورة تدعو إليه في بعض الدنانير مثل أن يبيعه سلعة بدنانير غير ربع بحيث لا يوجد إلا الصالح فيعطيه بالربع دينار درهم وذلك أنه لما اتفق حكمهما من وجه وهو أنه يجوز تعجيلهما واختلف من وجه وهو أنه لا يجوز تأجيلهما ويجوز تأجيل أحدهما

لم ينقد عليه ما عقد الابشريطين أحدهما أن يشملهما التعجيل والثاني أن يكون تبعا للآخر
وقد بينته في شرح المدونة وما يلحق به من بيع الطعام بالطعام مع أحدهما عرض (مسئلة) ولم
المقدار الذي يجوز من الصرف مع البيع قال في المدونة يجوز الصرف مع البيع في اليسير العشرة
دراهم ونحوها ولا يجوز ذلك في الكثير فيجوز في هذا مسئلتان أحدهما أنه يجوز في الدينار
الواحد وان لم يكن أحدا الأمرين تبعا للآخر لأنه قال في المدونة في الذي يبيع الدينار بعشرين
درهما يأخذ عشرة دراهم ويأخذ العشرة دراهم أن ذلك جائز أن تعجل وروى ابن المواز عن
ابن القاسم أنما يجوز ذلك في أقل الدينار والربع والثالث المسئلة الثانية أن يكون الصرف يشتمل
على دينار فإنه لا يجوز أن يكون معه من التبعية اليسير أو يكون البيع بثمن كثير فلا يجوز أن
يكون معه من الصرف اليسير وقد قال ابن حبيب أن ذلك جائز إذا كان أقل من الدينار وذلك
إذا كان الحكم للتبع فيكون منه للصرف أقل من دينار فإن بلغ الدينار لم يجز وهذا مبني على أن
ذلك مباح لضرورة صحة الدنانير والحاجة إلى أن يزداد في الثمن مقدار الدينار يجب على هذا قصر
هذا الحكم على بلد لا يجري فيه إلا الصحيح وقد قال بعض فقهاء الصقليين أن الربا على الذي يتناع
به عندهم يجري مجرى الدينار الصحيح وأما أن كان الحكم للصرف والسلعة تباع فكم اليسير
منها حكى عن أبي موسى بن مناس أن ذلك أن يكون ثمنها أقل من دينار دون تحديد

﴿ ما جاء في الصرف ﴾

﴿ ما جاء في الصرف ﴾
* حدثني يحيى عن
عن ابن شهاب عن مالك
ابن أوس بن الحذان
النصرى أنه التمس صرفا
بمائة دينار قال فدعاني
طلحة بن عبيد الله فتراوضنا
حتى اضطرف مني وأخذ
الذهب يقلبها في يده ثم قال
حتى يأتيني خازني من
الغابة وعمر بن الخطاب
يسمع فقال عمر والله
لاتفارقه حتى تأخذ منه ثم
قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم الذهب
بالورق ربا الإهاء وهاء
والبر بالبر ربا الإهاء وهاء
والنمر بالنمر ربا الإهاء وهاء
والشعر بالشعر ربا الإهاء وهاء

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحذان النصرى أنه التمس صرفا بمائة دينار
قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اضطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى
يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر والله لاتفارقه حتى تأخذ منه ثم قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الإهاء وهاء والبر بالبر ربا الإهاء وهاء والنمر بالنمر
ربا الإهاء وهاء والشعر بالشعر ربا الإهاء وهاء ﴿ ش قوله أنه التمس صرفا بمائة دينار دليل على
تجوز عوض الدينار ومروضة متبايعهما في صرفهما واحد بعد واحد طلبا للزيادة أو معرفة ما
يستقر عليه العطاء وقوله فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا يقتضى جواز المصارفة لمن لم يتخذ
ذلك متجرا وأما من اتخذ ذلك متجرا أو صناعة فقد ذكره جماعة من السلف قال مالك في العتبية
أكره للرجل أن يعمل بالصرف إلا أن يتق الله تعالى يريد أنهما تأسوا بفيه حتى عقدا الصرف
فأخذ طلحة بن عبيد الله الذهب يقلبها ليعلم جودتها ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة يريد أن
يؤخر ذلك إلى أن يأتيه خازنه من الغابة ويحتمل أن يرده تأخير الدراهم خاصة ويقبض هو
الدنانير ويحتمل أن يرده إقرار الدنانير بيد مالكها حتى يأتي خازنه من الغابة فيتقابض بها
بيد فقال عمر بن الخطاب حين سمع ذلك والله لاتفارقه حتى تأخذ منه يرده لاتفارقه وبينكما عقد
حتى ينتجز ما بينكما من التقابض ثم احتج لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الإهاء
وهاء وحل ذلك على أن التقابض فيه يجب أن يكون مع الإيجاب والقبول لا يتأخر عنهما بل يقترن
بهما لأن عقد كل واحد منهما يقتضى الإشارة إلى ما يبيده من العوض بقوله هاء ولذلك فهم منه عمر
وهو من أهل اللسان تعجيل التقابض فأما التفرق قبل القبض فلا خلاف بين الفقهاء نعلمه في أنه
يفسد العقد والدليل على ذلك ما احتج به عمر وما جوزه طلحة بن عبيد الله فتركة التأويل والمراجعة

لعمري رضي الله عنهما دليل على رجوعه عنه (مسئلة) فان استأذن الصراف بعد العقد في أن يذهب بها الى صراف قريب منه يريه اياها ويؤنها عنده أو عقده معه الصراف على ذلك ففي العتية من رواية أشهب عن مالك أن ذلك جائز فيما قرب ومعنى ذلك أن يكونا لقربهما في حكم المجالسين وأما ان تباعد ذلك حتى يرى انه افتراق من المتصارفين فلا يجوز ذلك وهو يفسد العقد (مسئلة) فان استوجب رجل سوارى ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما فان رضيها أهلها رجع بهما فاستوجبهما منه والارد هما روى ابن المواز عن مالك ان ذلك جائز وقال غير ذلك من قول مالك أحب الينا أن نأخذها من غير إيجاب وجه القول الأول اثبات الخيار في الصراف وهو قول شاذ وجوز التأخير فيه بعد عقده على النقد وهو أيضا بعيد ويحتمل أن يريد به المواعدة في الصراف وتقرير الثمن دون عقد ولذلك قال انه ان رضيها أهلها رجع فاستوجبها منه فذكر أن الإيجاب لم يوجد بعد وانما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن ومعرفة ما يتبع الصراف ان رضيها أهلها كلف الطلب ومعرفة الثمن فلم يجعل اليه عقد الله أعلم ووجه القول الثاني أن الصراف ينافي الخيار وهو المشهور عن مالك لانه مبني على المناجزة والنقد في المجلس والخيار لا يكون الا فيما يدخله التأخير لانه انما يكون في مدة تتأخر عن حال العقد (مسئلة) ولو بيع حلي في تركة فابتاع أحد الورثة بعضه بقدر حصته فأراد أن يكتب عليه حتى يتقاصبه بماله في الميراث فان ذلك غير جائز الا أن ينجز القسمة في المجلس باثر الابقاع لان شراءه ليس بقسمة متجزئة لانه لو ذهب سائر الميراث لرجع عليه في ايده فلما لم ينجز القبض فيه دخله التأخير في الصراف فأبطله ولو قال مبتاع الحلي أمسك ثمن حصتي منه وارفع الباقي ففي العتية وكتاب محمد عن مالك جواز ذلك وقال باثرها في كتاب محمد خالف ابن القاسم مالكا في هذه المسئلة وجه قول مالك ان المفاصلة وقعت في هذا الحلي المبيع بامساك قدر حصته منه ودفع الباقي فقد وجد التناجز بينهما فصح العقد ولا يؤثر وزنه لخصته من الثمن اذا جاز له استرجاعها باثر دفعه لها (مسئلة) فان كان افتراقهما قبل العقد بغلبة من أحدهما مثل أن يقبض الصراف الدنانير ويمنع من دفع الدراهم الظاهر من المذهب أن ذلك يفسد العقد وفي العتية في قوم اشترى واقلادة ذهب ولؤلؤا بدراهم نقدا وقالوا وزن الدراهم وأمر به بذلك وفصلوا القلادة وتقاضوا اللؤلؤ وأباعوا الذهب فيها وضعوا أرادوا نقض البيع لتأخر النقد فقال مالك لا تنقض لتأخر النقد لانهم اشترى واعلى النقد زاد محمد عن مالك ولم يرض البائع بتأخيرهم وضعهم وانما هو رجل مغلوب وهذا التعليل يقتضي ان تأخير أحد المتعاقدين النقد بغير اختيار الثاني على وجه الغلبة لا يفسد العقد وجه القول الأول ان من شرط صحة هذا العقد النقد فاذا اعدت شروط صحة وجب أن يفسد ويحتمل على هذا القول أن يكون مالك ألزمه ثمن القلادة لانهم أخذوها على وجه الشراء ثم تعدوا على اتلافها ليؤدوا اليه القيمة فزعمهم الثمن كمن اشترى ثوبا على الخيار وادعى تلفه فانهم انه يرد البيع فانه يلزمه الثمن دون القيمة

(فصل) وقوله الورى بالذهب بالآهاء وآهاء قال ابن ثابت في غريبه إلهاء وآهاء بالمد وذلك يقتضي النقد مع العقد وظاهره يقتضي آهاء وآهاء تنوب عن العقد والنقد لقرب أحدهما من الآخر فعلى هذا لا يجوز أن يتأخر النقد عن العقد ومن صفته أن يكونا معاملا الدرهمين أو يكون النقد متصلا بهما العقد أو في حكم المتصل لقربه منهما مع كونهما في مجلس واحد وما هو في حكمه من القرب على ما قدمناه وأما ان فصل بينهما طول مجلس واخر وج من أمر الى أمر غيره ومن الصراف الى

* قال مالك إذا اصطفى الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأرادرده انتقص صرف الدينار ورد اليه ورقه وأخذ اليه ديناره وتفسير ما ذكره من ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالورق ربا إلا هاهنا، وقال عمر بن الخطاب وإن استنظرك إلى أن يبلغ بيته فلا تنظره وهو إذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المتأخر فلذلك كره ذلك وانتقص الصرف وإنما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا بائنا جل فإنه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة وإن كان من صنف واحد أو كان مختلفة أصنافه

مالك وذلك ان التناجز وجد قبل التفريق ولو أراد أن يؤخره بقدر ذلك النقص لم يجز فان تفرقا قبل أن يستوفي ذلك النقص فالذي قاله أصبغ ينتقض الصرف كله ولو نقصت منه حبة وبه قال محمد وحكى ابن القاسم انه جائز لا ينتقض منه الا بمقدار ذلك النقص الى تمام دينار وجهه قول أصبغ ان العقد اذا دخل بعضه الفساد بتأخر القبض تعدى الى ما قبض كماله عقد على ذلك الصرف ووجه ما قاله ابن القاسم ان تأخر القبض بعد التزام العقد لا يتعدى الى جميع العقد كالعيب يحده ببعض الدراهم (مسئلة) فاما ان وجد النقص بعد التفريق وذلك لسرقة الصير في فاراد أن يطالب به فلا خلاف على المذهب أن النقص يلحق العقد وان أراد ترك النقص وصحیح العقد فروى ابن وهب وابن عبد الحكم ان ذلك جائز وروى ابن المواز عن مالك ان ذلك لا يجوز وان قل وروى عنه أنه لا يجوز في الكثير واختاره أصبغ وجهه رواية الجوز انه نقص وجد في عوض الصرف فلا يمنع صحة العقد مع ترك المطالبة كنقص الصفة ووجه المنع على الاطلاق ان تأخر العوض في الصرف يمنع الصفة في العقد كماله علم بالنقص فاخره ولا نقاداً جمعنا على انه لو طلب النقص لفسد العقد ولم يمنع من ذلك عدم علمه بالنقص وكذلك اذا تركه ووجه الفرق بين القليل والكثير ان القليل غير مقصود ومعلوم في الأغلب ان مثل هذا لا يطلب ولا تتبعه النفس فكانه لما لم يبق له الا ما جرت العادة بتركه والتسامح به قبض جميعه لان ما نقصه لو علم به لتركه فكذلك اذا تركه الآن وهو محمول على ذلك وأما الكثير فانه مما جرت العادة بطلبه فانما يكون نازكاً له الآن وقد وجد الفساد في العقد بالتفريق قبل قبضه أو تركه (فرع) فاذا قلنا بالتفريق بين اليسير والكثير فكم اليسير روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية ان الدنانق في صرف الدينار يسير وقال أصبغ هو أن ينقص ألف درهم درهما وأما صرف الدينار فانقص منه من قليل أو كثير فهو كثير ينتقض الصرف مالم يكن من اختلاف الموازين التي لم تجر العادة باتباعه ولا طلبه واذا قلنا انه ينتقض فقال أصبغ ينتقض كله وقال ابن القاسم ينتقض منه ما بين النقص وكال الدينار

(فصل) وأما النقص من جهة الصفة كالعيب يحده في أحد عوضي الصرف فانه لا خلاف على المذهب نعلمه ان من وجد ذلك ورضى به فان عقده لا يفسد به فان أراد رده فهل له ذلك أم لا المشهور من المذهب أن البدل فيه غير جائز والصرف فيه منتقض وقال ابن وهب من أحسبنا ان البدل فيه جائز حكاه عنه ابن حبيب وغيره وبه قال ابن شهاب والليث بن سعد وجهه ما ذهب اليه مالك يحتمل أن يكون مبنياً على ان الصرف ينتقض من أصله بالبدل وهو وقت العقد فيه فيبطل في المعيب لتأخر دفع العوض فيه من حين العقد الى وقت الرد بالعيب ويحتمل قول ابن وهب أن يكون مبنياً على ان الرد بالعيب نقض للعقد حين الرد بالعيب دون ما تقدمه فلا يكون في ذلك تأخير للبدل عن وقت عرا عن قبض والله أعلم وأحكم (مسئلة) والهبة اللاحقه بالصرف لا خلاف على المذهب انه يجوز البدل فيها وقد روى عن مالك فيمن باع ثوباً بدينار الادرهين فتناقدا ثم وجد بالدرهم عيباً روى عنه ابن القاسم يسئله وليس هذا مثل الصرف يريد ان هذا لما كان الغالب منه البيع والصرف تبع له كان حكمه في جواز البدل حكم البيع لاحكام الصرف وروى عنه ابن وهب ينتقض الجميع (فرع) فاذا قلنا بمنع البدل فلا يخلو أن يكون الذهب من جنس واحد ومختلف الجنس فان كان من جنس واحد فان بيعه يكون على ضربين أحدهما أن يقول أبيعك هذه العشرة دنانير كل دينار بعشرة دراهم يذكر حصة كل دينار منها والثاني أن يذكر جملة الصرف خاصة

فيقول أبيعك هذه العشرة دنانير بمائة درهم فان كان ذكر صرف كل دينار منها فلا خلاف انه لا ينقض الا بقدر دينار واحد وان كان انما ذكر جلة الصرف فالمشهور من المذهب انه لا ينتقض منه الا دينار واحد ورواه عيسى عن ابن القاسم وفي العتبية في نفرة يتباعها جزافا بمائة دينار فيجدها ميسار نحاس أو يبيعها كل عشرة دراهم بدينار ان ذلك سواء وينتقض منها بقدر المسار الى تمام دينار وقال القاضي أبو محمد ينتقض جميع الصرف وجه القول الأول أن الدنانير المتساوية تقتضي التقابل وتمنع التقسيط فلا يرتبط بعضها ببعض في نقض العقد لعيب الصفة أصل ذلك اذا ذكر كل دينار بصرفه ووجه قول القاضي أبي محمد ما احتج به من أنه اذا سمي لكل واحد من الدنانير حصة فانه قد أفرده بالعقد واسمى الجلة فقد شملها العقد فاذا بطل بعضه بطل جميعه وان كانت الدنانير قرضا فقد قال ابن القاسم يرد منها أصغر قرض فيها ويضيف الى الدرهم الزائف من الدراهم ما يقابل تلك القرصة وهذا مبني على قول مالك ان قرض القراضة المضروبة مكروه وأما على تجوز أصبغ لذلك فيجب أن يقرض منها بقدر الدرهم الزائف وهذا على قولنا ان الدنانير تتعين بالنقد وعلى قولنا لا تتعين يرد له من عنده قرصة ذهب بقدر الدرهم الزائف (فرع) وان كانت الدنانير مختلفة الأجناس والقيم في العتبية من رواية أبي زبيدة عن ابن القاسم فحين اشترى حلياً مصوغاً سورة وخالخل وغير ذلك بدراهم فوجد بهادرهما زائفاً انه ينتقض الصرف كله ووجهه ان اختلاف قيم الحلي بالصياغة يقتضي التقسيط واذا دخل ذلك التقسيط سري من الدراهم جزء الى كل جزء من الحلي فاذا انتقض الصرف في الدرهم انتقض في جميع الحلي ولو وجد في جميع الحلي ميسار نحاس فقد روي أبو زيد عن ابن القاسم ان ذلك ان كان في سوارين من الحلي انتقض في السوارين جميعاً وروي عيسى بن دينار عن ابن القاسم يردّها كلها وان كانت مائة زوج وجهه رواية أبي زيد ان السوارين بمنزلة شيء واحد فاذا انتقض الصرف في أحدهما انتقض فيهما لانه لا يجوز أن يفترقا في الرد على من باعهما مجتمعين لما في ذلك من المساد ولان النقص لما طرأ من جهتهما والعوض الذي يقارب مساو لم يدخله التقسيط وانما يحق الحلي التقدير والتقويم فاذا علمت قبة كل نوع منه فوبل من الدرهم بمقدار ذلك ووجه رواية عيسى انه اذا وجد الاختلاف في أحد العوضين لزم التقويم وهو معنى التقسيط وانما يسقط التقسيط مع تساوي أجزاء كل واحد من العوضين فان لم يكن كذلك فلا بد من التقويم والتقسيط (فرع) اذا ثبت ذلك فمما ينتقض ما ينتقض من الصرف لوجود العيب في أحد عوضيه الظاهر من المذهب أنه ينتقض بانفاذ الدنانير ولو وجد عيباً به فجاء ليرده فأرضاه الآخر حتى لا بد له لجاز ذلك بينهما وبماذا يصح أن يرضيه قال سحنون عن ابن القاسم فحين باع من رجل طوق ذهب فيه مائة دينار بألف درهم فوجد به عيباً فجاء رده فصالحه من ذلك بدينار دفعه اليه انه جائز وروي ابن سحنون عن أبيه ان ذلك غير جائز ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الرد لم يتم بينهما وأخذ عن ذلك ديناراً فلا يفسد الرد لان الرد لم يتم وقدم منه بما أرضاه به ولا يفسد لانه بمنزلة أن يبيعه مائة دينار وديناراً بألف درهم وليس في الدينار الذي أعطاه تأخير لانه نقده حين العقد عليه والرضا به كما لو زاده ديناراً بعد العقد ووجه قول ابن سحنون ما آل اليه أمرهما من الفساد بأن صار فمائة دينار نقداً وديناراً مؤجلاً بألف درهم (مسئلة) وان صالحه عن ذلك بمائة درهم قال ابن القاسم ان كانت من جنس الدراهم التي دفع اليه جاز وان كانت من غير جنسها لم يجوز قال أشهب ذلك جائز فلهما وجه قول ابن القاسم انه اذا رد اليه من جنس دراهمه فقد صار بمن الطوق

بأق الدراهم ولم يتم الرد فوجب أن يصح وإذا رد عليه مائة درهم من غير جنس دراهمه فقد باعه طوقاً ومائة درهم بألف درهم وذلك غير جائز ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذا ليس من الصرف وإنما يستثنى منه الرد عليه بالعيب

(فصل) وقوله وهو إذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المستأخر فلذلك كره ذلك وانتقض الصرف معناه أنه إذا رد عليه الذهب الزائف بعد المفارقة له كان ما بدله من الدراهم ديناً على بائع الدراهم تأخر القبض فيه عن وقت العقد فلا يصح إتمام الصرف فيه ويجب نقضه

(فصل) وقوله وإنما أراد عمر أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجل بأجل فإنه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة كان من صنف واحد أو أصناف مختلفة هذا مذهب مالك رحمه الله أنه لا يجوز التفرق قبل القبض في بيع الطعام وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ذلك جائز والدليل على ما يقوله الحديث المذكور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالورق وبالاهاء وهاء وهاء والتبر بالتبر والاهاء وهاء والتبر بالاهاء وهاء والشعير بالشعير والاهاء وهاء

✽ المراطلة ✽

ص ✽ مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي أنه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فإذا اعتدل لسان الميزان أخذوا أعطى ✽ ش قوله يراطل الذهب بالذهب يريد مبادلة أحدهما بالآخر وزناً بوزن وهي المراطلة وهو على ضربين أحدهما غير مسكوك فلا خلاف على المذهب في جوازهما والثاني مسكوك فهو مخرج في المذهب على روايتين أحدهما أنه جائز وذلك مبنى على أن الدنانير والدراهم تتعين بالعقد وعلى هذا ترد أكثر مسائل أصحابنا في المراطلة فإن أقوالهم في ذلك مطلقة لا تتقيد بمعرفة الوزن والثانية أنه لا يجوز وذلك مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد لأن هذا من باب الجزاف والجزاف من مسكوك الذهب والفضة لا يجوز العقد عليه إلا أن يكون هذا الحكم يختص عندهم بالمراطلة ولا فرق بينها وبين الصرف وغيره من البيوع والله أعلم وقد رأيت لبعض أصحابنا أنه لا يجوز المراطلة بين الدنانير والدراهم لهذا المعنى وقد يجوز ذلك بأن يعرف وزن أحد الذهبين ثم يراطل بها الآخر (مسألة) فإما أن وزنت إحدى الذهبين ثم وزن بعد ذلك بدلها بتلك الصنعة فإنه جائز إذا تيقنت المساواة بينهما لأنه الذهب بالذهب مثلاً مثل وقد عرعن الجزاف بمعرفة قدره ص ✽ قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دنانير يدأيد إذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وأن تفاضل العدد والدراهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدنانير ✽ ش وهذا كما قال أنه لا يراعى في مراطلة الذهب بالذهب والورق بالورق العدد وإنما يراعى فيه الوزن سواء كانت كلها بمجموعة أو فرادى أو قائمة أو كان أحد العوضين مجموعة والثانية فرادى أو قائمة ووجه ذلك أن الاعتبار في الورق والذهب إنما هو بالوزن وإنما أبيع التعامل فيه بالعدد في بعض البلاد المعروف مع العلم بالوزن فيما لا يراعى فيه التساوى فإذا كان العقد مما يراعى فيه التساوى وجب أن يعتبر الوزن الذي هو أصل اعتباره ووجه المساواة فيه وسقط حكم العدد لأنه لا اعتبار به في فساد عقد ولا حتمه وسواء كان

✽ المراطلة ✽

✽ حدثني يحيى عن مالك عن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي أنه رأى سعيد بن المسيب يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه في كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذي يراطله ذهبه في كفة الميزان الأخرى فإذا اعتدل لسان الميزان أخذوا أعطى ✽ قال مالك الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دنانير يدأيد إذا كان وزن الذهبين سواء عينا بعين وأن تفاضل العدد والدراهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدنانير

أحد العوضين تبرأ والآخر مسكوكاً أو مصوغاً أو تبرأ مثله ذلك كله واحد في اعتبار المساواة فيه بالوزن ولا اعتبار في ذلك بسكة ولا صياغة على وجه المراقبة دون اقتضائه من الدين وبالله التوفيق ص

قال مالك من رطل ذهباً بذهب أو ورقاً بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فإن ذلك قبيح وذريعة للربا لأنه إذا جازله أن يأخذ المثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه على حدته جازله أن يأخذ المثقال بقيمته مراراً لأنه يجوز ذلك البيع بينه وبين صاحبه * قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفرداً ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذي أخذه به لأن يجوز له البيع فذلك الذريعة إلى إحلال الحرام والأمر المنهي عنه * ش وهذا كما قال إن من رطل ذهباً بذهب فإنه لا يجوز أن يكون مع أحد الذهبين ورق ولا عرض ولا شيء سواء كانت إحدى الذهبين أكثر من الأخرى ويكون العرض من العرض أو غيره في مقابلة زيادة أحد الذهبين على الآخر أو كان الذهبان متساويين وبين ذلك أن يكون قد دفع اليه دينارين بدينار ويجعل مع الدينارين ثوباً أو طعاماً أو ورقاً أو غير ذلك ليكون في مقابلة الدينارين الآخر فإنه لا يجوز ذلك ومنع منه مالك لوجهين أحدهما أنه قبيح وممنوع لنفسه ولفساد العقد على هذا الوجه لمافيه من التفاضل بين الذهبين لأن السلعة التي مع الدينار مقسطة مع دينارها على الدينارين فيصيب كل دينار نصف دينار ونصف السلعة ووربما كانت السلعة أكثر قيمة من الدينارين وأقل قيمة فيقبل أكثر الدينارين أو أقلها وما يقابل الباقي من الذهب التي مع السلعة أقل من وزنها أو أكثر ولهذا منعه الشافعي وإن لم يقل بالذرائع والوجه الثاني أن هذا العقد ممنوع للذريعة إلى الحرام الذي لا يجوز وقد تقدم الكلام على وجوب القول بالذرائع وتفسير ذلك في هذه المسئلة ما احتج به مالك من أنه إذا جازله أن يأخذ بالمثقال بقيمته حتى كأنه اشتراه مفرداً جازله أن يأخذ بقيمته مراراً ليجوز البيع بينه وبين صاحبه يريد بذلك ليجوز المحذور بالمنوع بالشرع وذلك أنه إذا باع ديناراً دينارين بدينارين جيدين وعلم أنه لا يضح أن يعطيه بذلك الدينار نصف دينار جيد جعل مع الدينار ما يساوي أكثر من الدينار الجيد مراراً وجعله ثلث الدينار الجيد فيكون في الظاهر قد أعطاه ديناراً دينارين جيداً وأعطاء السلعة بالدينار الآخر الجيد وهو في الحقيقة إنما أعطاه الدينار الردي بنصف دينار جيد وأخذ السلعة بدينار ونصف من الذهب الجيد وهذا مما لا يحل ولا يجوز ولذلك قال مالك ولو أنه باعه ذلك الدينار مفرداً لم يأخذه بعشر الثمن يعني أن ذلك الدينار الردي الذي مع السلعة لو باعه مفرداً لم يعطه به الدينار الجيد من الدينارين وإنما أضاف إليه السلعة ليتوصل بذلك إلى أخذ بعض دينار جيد بدينار ردي وهذه المسئلة تعرف بمسئلة مدى عجوة لأنها تفترض فيمن باع مدعجوة ودرهما بدرهمين وجوز ذلك أبو حنيفة وقال إن من باع مائة دينار في قرطاس بمائتي دينارانه جائز ويحتسب بالقرطاس في مائة دينار وتكون المائة الباقية من المائتين بالمائة التي في القرطاس والدليل على المنع من ذلك ما رواه مسلم في صحيحه من حديث علي بن رباح اللخمي أنه سمع فضالة بن عبيد الانصاري يقول أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها خرز وذهب وهى من المغاتم تباع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فترعه وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزناً بوزن فوجه الدليل من الخبر أنه أمر بنزع الخرز وأفراد الذهب ليمكن بيعه ولو جاز بيعه مع الخرز لما احتاج إلى وزنه ثم قال الذهب بالذهب وزناً بوزن فنبه بذلك على أن علة أفراده بالبيع أن يتحقق فيه الوزن بالوزن (مسئلة) ولا يجوز أن يكون مع كل واحد من الذهبين

* قال مالك من رطل ذهباً بذهب أو ورقاً بورق فكان بين الذهبين فضل مثقال فأعطى صاحبه قيمته من الورق أو من غيرها فلا يأخذه فإن ذلك قبيح وذريعة إلى الحرام الذي لا يجوز ذلك البيع بينه وبين صاحبه * قال مالك ولو أنه باعه ذلك المثقال مفرداً ليس معه غيره لم يأخذه بعشر الثمن الذي أخذه به لأنه يجوز له البيع فذلك الذريعة إلى إحلال الحرام والأمر المنهي عنه

* قال مالك في الرجل يراطل الرجل ويعطيه الذهب العين الجياد ويجعل معها تبراً ذهباً غير جيدة ويأخذ من صاحبه ذهباً كوفية مقطعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان ذلك مثلاً بمثل أن ذلك لا يصلح * قال مالك وتفسير ما كرهه من ذلك أن صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه بتبره ذلك إلى ذهبه الكوفية وإنما مثل ذلك (٢٧٨) كمثل رجل أراد أن يتباع ثلاثة أصوع من تمر عجوة

بصاعين ومد من تمر كبيس فقيل له هذا لا يصلح فجعل صاعين من كبيس وصاعاً من حشف يريد أن يجيز بذلك يبعه فذلك لا يصلح لأنه لم يكن صاحب العجوة يعطيه صاعاً من العجوة بصاعى حشف ولكنه إنما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أو أن يقول الرجل للرجل هذا لا يصلح إلا بمثل أن يتباع ثلاثة أصوع من تمر عجوة بصاعين ومد من تمر كبيس فقيل له هذا لا يصلح فجعل صاعين من كبيس وصاعاً من حشف يريد أن يجيز بذلك يبعه فذلك لا يصلح لأنه لم يكن لصاحب العجوة يعطيه صاعاً من العجوة بصاعى حشف ولكنه إنما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أو أن يقول الرجل للرجل يعني ثلاثة أصوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية فنقول هذا لا يصلح إلا بمثل أن يتباع صاعين من حنطة شامية وصاعاً من شعير يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما فهذا لا يصلح لأنه لم يكن يعطيه بصاع من شعير صاعاً من حنطة شامية لو كان ذلك الصاع مفرداً وإنما أعطاه إياه لفضل الشامية على البيضاء فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفناه من التبر * قال مالك فكل شيء من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يتباع إلا بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء الذي المستغوط ليجاز بذلك البيع ويستعمل بذلك ما نهى عنه من الأمر الذي لا يصلح إذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وإنما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطى الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهتم بذلك وإنما يقبله من أجل الذي يأخذه معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه الصفة فإن أراد صاحب الطعام الرديء أن يبيعه بغيره فليبيعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيئاً فلا بأس به إذا كان كذلك * وهذا كما قال أن من راطل ذهباً بذهب واحد الذهبين من جنسين فإن كان لم يعلم بمقدار الجيد من الرديء لم تجز المراطة ولا المبايعة كلها وإن علم مقدار ذلك لم يخل أن يكون أحد الذهبين من جنس الذهب المفردة مساوية لها في الجودة والنفاق أو لا تكون أحدهما مساوية لها فالظاهر من المذهب جواز ذلك سواء كانت الذهب التي معها أفضل أو أدون وهذا الوجه فيه لمنع الذريعة لأن مساواة أحدي الذهبين الذهب التي في عوضها تنفي التهمة التي تلحق من جهة التقسيط فوجود إلا أن يجعل التقسيط على وجه

من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يباع إلا بمثل فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء الرديء المستغوط ليجاز بذلك البيع ويستعمل بذلك ما نهى عنه من الأمر الذي لا يصلح إذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه وإنما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع فيعطى الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه ولم يهتم بذلك وإنما يقبله من أجل الذي يأخذه معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه الصفة فإن أراد صاحب الطعام الرديء أن يبيعه بغيره فليبيعه على حدته ولا يجعل مع ذلك شيئاً فلا بأس به إذا كان كذلك

الذريعة والتهمة في ذلك فيبعد أيضا وهذا ما لم يكن رداؤه أحد الذهبين من غش نحاس فيها وانما هي الرداءة في غش الذهب فان كانت معشوشة بنحاس لم تجز المراطلة بها قاله الشيخ أبو اسحق وأن ما قال مالك في الذهب المفردة بالذهب المفردة (مسئلة) وان كانت غير مساوية لها فلا يجوز أن يكون الذهبان أفضل أو أدنى من الذهب المفردة أو يكون احدي الذهبين أفضل من المفردة والثانية أدنى منها فان كانت أفضل أو أدنى فعلى ما تقدم وان كانت احدهما أفضل والأخرى أدنى فلا خلاف في المذهب انه لا يجوز ووجه ذلك ما يلزم من تقسيط الذهب المفردة على الذهبين اللتين احدهما أفضل منها والأخرى أدنى منها فيؤديه ذلك الى التفاضل في الذهب أو يمنع ذلك للتهمة في قصد ذلك فتقوى التهمة هنادون أن تكون احدي الذهبين مساوية لها والأخرى أفضل وأدنى فان التهمة تضعف فيهما على ما قدمناه (مسئلة) ولو كانت دراهم سود بدراهم بيض دونها ومع السودة فضة كفضة البيض ففي كتاب محمد أن ذلك لا يجوز لنقص السكة يريد أن نقص السكة في فضة البيض انما سويح فيه لفصل السودة على الدراهم البيض فراعى السكة مع التناجز والذي في المدونة خلاف هذا والله أعلم

✽ العينة وما يشبهها ✽

✽ العينة وما يشبهها ✽
✽ حدثني يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من ابتاع
طعاما فلا يبعه حتى
يستوفيه ✽ وحدثني عن
مالك عن عبد الله بن دينار
عن عبد الله بن عمر أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال من ابتاع طعاما
فلا يبعه حتى يقبضه

ص ✽ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه ✽ مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ✽ ش قوله صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه يريد أنه اذا استفاده بالابتاع فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه من بئعه منه لأنه لا يجوز أن يتوالى على الطعام عقدا يبيع لا يتخلل ما استيفاء بالكيل ان كان مكيلا أو بالوزن ان كان موزونا لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفي هذا أربعة أبواب ✽ الباب الاول في تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات ✽ والباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة ✽ والباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء ✽ والباب الرابع في تمييز ما يصح قبض البيع الثاني (الباب الاول في تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات)

المبيع على ضربين مطعوم وغير مطعوم فأما المطعوم فانه على قسمين قسم يجري فيه الربا وقسم لا يجري فيه فأما ما يجري فيه الربا فلا خلاف على المذهب في أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وأما ما لا يجري فيه الربا فعن مالك في ذلك روايتان احدهما أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه وهو المشهور من المذهب وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز بيعه قبل قبضه ووجه الرواية الاولى ما احتج به أصحابنا في هذه المسئلة من قول النبي صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه وهذا يصح الاحتجاج به في هذا الحكم على قول من يمنع التخصيص بعرف اللغة وأما من رأى التخصيص بعرف اللغة فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحديث على هذا الحكم لأن لفظة الطعام اذا أطلقت فاما يفهم منها بعرف الاستعمال الحنطه دون غيرها ولذلك لو قال رجل مضيت الى سوق الطعام لم يفهم منه الاسوق الحنطه ودليلنا من جهة القياس أن هذا مطعوم فلم يجز بيعه قبل قبضه كالذي يجري فيه الربا ووجه الرواية الثانية أن ما لا يجوز فيه التفاضل نقد افانه لا يحرم بيعه قبل قبضه كغير المطعوم (فرع) واذا قلنا ببراءة هذا الحكم في المقتات خاصة فلا فرق بينهما فاذا أجزأنا في كل مطعوم فلا فرق بين هذا

وبين حكم الربا (مسألة) وهذا في المطعوم المكيّل أو الموزون وروى ابن القاسم عن مالك في المبسوط وكذلك المعدود لا يجوز ذلك فيه حتى يقبضه وقبله غيره من أصحابنا وهو المذهب إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن كان غير مطعوم فذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم في غير المطعوم ولا تعلق له به سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو غير مكيّل ولا موزون وقال عبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وبجي بن سعيد أن كل ما يبيع على كيل أو وزن أو عدد مطعوماً كان أو غير مطعوم فلا يجوز بيعه قبل قبضه واختاره ابن حبيب وقال أبو حنيفة هذا الحكم ثابت في كيل مبيع ينقل ويحول وقال الشافعي هو حكم ثابت في كل مبيع واستدل أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه فوجه ذلك أنه خص هذا الحكم بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له وهذا استدلال بدليل الخطاب وتقدم الكلام فيه ودليلنا من جهة القياس أن هذا مبيع ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كالذنانير والدرهم (الباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة)

العقود على ضربين معاوضة وغير معاوضة فأما المعاوضات فالبيع وما في معناه من الاجارة والمصالحة والمناكحة والمخالعة والمسكينة على وجه العوض كأمر زاق القضاة والمؤذنين وأصحاب السوق فإن هذا كله يؤخذ على وجه المعاوضة وقال أبو حنيفة ما ملك بمهر أو خلع من طعام أو غيره فإنه يجوز بيعه قبل قبضه وهذه العقود تنقسم على ثلاثة أقسام قسم يختص بالمغالبة والمباينة كالاجارة والبيع وما كان في حكمهما وقسم يصح أن يقع على وجه المغالبة ويصح أن يقع على وجه الفرق كالاجارة والشركة والتولية وقسم لا يكون الا على وجه الفرق كالقرض فأما البيع وما كان في معناه مما يختص بالمغالبة قال القاضي أبو محمد ما كان أجره لعمل أو قضاء لدين أو مهراً أو خلعاً أو صلحاً عن دم عمد أو مثلاً تلف أو أورش جنابة في مال مضمون أو معين فذلك كله يجري مجرى البيع فيما ذكرناه فلا خلاف في أنه لا يجوز أن يتوالى منه عقدان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين على معين أو ثابت في الذمة لا يتخللها قبض والأصل في ذلك الحديث المتقدم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي ومن جهة المعنى أن ذلك ممنوع حفظه وحراسته وتوقيفه من الربا لئلا يتوصل أهل العينة بذلك إلى بيع دنائير بأكثر منها وذلك أن صاحب العينة يريد أن يدفع دنائير في أكثر منها نقداً أو إلى أجل فاذا علم بالمنع في ذلك توصل إليه بان يذ كر حنطة بدينار ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لابتياعه فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها في كثير من البلاد ولا سيما في بلاد العرب وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثير المعرفة جميع الناس لثمنه وقيمته ووجود أكثر الناس له منع ذلك فيها وشرط في صحة توالي البيع فيها لئلا يخلل القبض والاستيفاء لأن ذلك نهاية التبايع فيها واتمام العقد ولزومه ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات لأنه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها لأن ثمنها يخفى في الأغلب ويقل مشترتها (فرع) ومن باع ثمراً حنطه واستثنى منه كيلاً يجوز استثنائه ثم أراد بيعه فقد اختلف قول مالك فيه فكرهه ثم رجع إلى إجازته روى ذلك ابن المواز وجه الكراهية مبني على أن المستثنى مبيع ووجه الإباحة والجواز مبني على أن المستثنى غير مبيع (مسألة) وأما ما صح أن يقع من عقود المعاوضة على وجه الارفاق ووجه المغالبة كالاجارة والشركة والتولية فإن وقع على وجه الفرق فإنه يصح أن يلي البيع في الطعام قبل القبض

ووجه وقوعه على الرفق أن يكون على حسب ما وقع عليه البيع فيه فان تغير عنه من زيادة ثمن أو وصفة أو نقص أو مخالفة في جنس ثمن أو أجل خرج عن وجه الرفق إلى البيع الذي لا يجوز والأصل في جواز ذلك إذا وقع على وجه الرفق ما رواه سحنون في المدونة عن ابن القاسم عن سليمان بن يسار عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة ومن جهة المعنى أن هذه عقود مبنية على المعروف والمواصلة دون المغابنة والمكيسة التي لمصارعتها يمنع بيع الطعام قبل استيفائه وذلك أنه منع لمساهاته العينة فإذا وقعت هذه العقود على وجه الرفق وعريت من المغابنة والمكيسة كانت مباحة كالقرض وهذا في الجملة فأما التفصيل فلا يخفى أن يكون ثمن الطعام عينا أو غير عين فأما العين فانه إن كان مثله في قدره وصفته فلا خلاف في المذهب في جواز الإقالة به وإن تغيرت صفته أو قدره لم يجز لانه ليس بإقالة وإنما هو بيع الطعام قبل استيفائه لأن الإقالة انما هي على مثل ما انعقد عليه البيع ولذلك قال بعض أصحابنا إنها ليست بعقد مستأنف وهي نقض للعقد الأول (مسئلة) وإن كان ثمن الطعام غير عين لم يخفى أن يكون مماله مثل المكيل والموزون والمعدود أو ممالا مثل ما يرجع إلى القيمة فان كان مماله مثل من المكيل والموزون والمعدود ففي الواخنة تجوز الإقالة بالمثل وقاله أشهب في المجموعة وشرط أن لا يكون أرفع منه ولا أدنى وأن يكون حاضرا عنده وقال ابن القاسم لا يجوز ذلك وجه قول أشهب أن هذا مماله مثل فصحت الإقالة من الطعام بمثله كالدنانير والدراهم ووجه قول ابن القاسم أن هذا عوض يتعين بالعقد فلم تجز الإقالة من الطعام إلا بعينه دون مثله أصل ذلك ما يرجع إلى القيمة (مسئلة) فان كان الثمن ممالا مثل كالثوب والحيوان ففي الواخنة لا تجوز الإقالة بمثله ولا بقيته وإنما تجوز منه بعينه ما لم تدخله زيادة ولا نقص في بدن ويجوز أن دخله تغيرا سواك ووجه هذا ما قدمناه من أن الإقالة انما هي في معنى حل العقد الأول فإذا لم يؤد إليه ثمنه ولا مثله لم تكن إقالة وكان يبيع الطعام قبل استيفائه وهو ممنوع منه (مسئلة) وإن كان الطعام ممالا في اجارة جاز أن يقبله قبل العمل ولم يجز ذلك بعد العمل فان عمل بعض العمل جاز أن يقبله مما بقي دون ما عمل رواه كمال بن الموزان عن أشهب ووجه ما احتج به ابن حبيب أن أعمال الناس تختلف فلا يكون الهمل الآخر مثلا للاول وذلك ينافي الإقالة ولأن العمل ما يرجع إلى القيمة فلا تصح الإقالة فيه بعد فواته كالثوب وأما الكتابة ففي الواخنة ولا تبس طعامك من كتابته من غير المسكات قبل قبضه إلا أن يكون يسيرا فانها يبيع مع غيره مما كاتبه عليه فلا بأس به

(فصل) وأما ما يختص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض فانه يجوز أن يتكرر على الطعام قبل قبضه وأن يلى البيع ويلي البيع لا خلاف في ذلك نعلمه (مسئلة) وأما ما يلزم الدمة من الطعام بغير عقد مثل أن يلزمها بالنصب والتعدي ففي كتاب محمد بن القاسم لا يبيع قبل قبضه وحكى القاضي أبو محمد انه كالبيع ان كان مثلا لمتلف ولا يجوز بيعه قبل قبضه وجه القول الأول ان أخذ مثل الطعام في النصب يتوالى على الطعام من غير أن يتلف ما قبض فلو كان بمنزلة البيع لما جاز أن يتوالى عليه وهذا باطل باتفاق ووجه رواية القاضي أبي محمد انه طعام يؤخذ عوضا على وجه المشاحة وترك الارفاق فلم يجز أن يلى البيع دون قبض أصل ذلك البيع وأما ما كان من العقود ليس فيه معاوضة كالهبة والصدقة والعطية فلا بأس أن يتوالى على الطعام قبل قبضه لأنها ليست من عقود

المعاوضة ولا يتصور فيها معنى العينة التي لها منع بيع الطعام قبل استيفائه
(فصل) اذا ثبت أنه لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه فإنه لا يجوز أن يبيعه هو ولا وكيله ولا وارثه
قاله مالك في المبسوط لان انتقاله بالميراث لا يجوز أن يكون حازا بين البيعتين ولا يقوم مقام القبض
في اباحة البيع فيه وان وهبه الرجل بعد أن ابتاعه قبل أن يستوفيه لم يجز للوهو به أن يبيعه حتى
يستوفيه رواه في المدونة عبد الرحمن بن دينار عن المغيرة وعيسى بن دينار عن ابن القاسم وزاد
مالك في النوادر وكذلك لو وهبه له أو تصدق به عليه أو أخذه قضاء من سلف قال وأخفه عندي الهبة
والصدقة وفي الموازية عن مالك من أحلت على طعام من يبيع أقرضته إياه أو قضيته إياه من قرض فلا
يبيعه حتى يستوفيه (مسئلة) اذا ثبت أن هذا الحكم يتعلق بما استفيد على وجه المعاوضة فإنه
أيضا يجب أن يمنع من عقود المعاوضة قبل الاستيفاء ولا يمنع ما ليس بمعاوضة من هبة ولا صدقة ولا
قرض ولا غير ذلك من العقود التي تعرى عن العوض ولذلك لم يمنع من الاقالة والتولية والشركة
وان كانت فيها معاوضة

(الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء)

وأما ما يكون قبضا واستيفاء يصح أن يفصل بين البيعتين في الطعام فهو ما يخرج به من ضمان البائع
الى ضمان المشتري من الكيل والتوفية في المكيل والموزون والتوفية في الموزون وفي التعري في
الاتفاق على مقداره والحكم به وتوفيته ان كان فيه حق توفية وذلك بأن يوفيه البائع المبتاع وتسليم
المبتاع إياه لازم قبل أن يبيعه وقد تقدم وصف التوفية قبل هذا فخل هذا يكون فصلا بين البيعتين فان
عقد اعدا من يبيع في طعامين في ذمتين ثم أراد أن يتقاضيا بهما لم يجز ذلك على المشهور من
المذهب وبه قال ابن القاسم وقال أشهب في كتاب ابن الموازي اتفق رأس مالهما في القدر
والصفة جاز ذلك وجه القول الاول انهما المتقاضيا بالطعام آل أمرهما الى طعام واحد فقد انعقد
عليه عقد بيع وكل واحد منهما انعقد بلفظ البيع وعلى معناه من المغالبة والمكيسة لم يفصل بينهما
قبض وذلك ممنوع ووجه القول الثاني ان مال أمرهما الى الاقالة لان المسلم الثاني رد الى الاول
مثل رأس ماله وهذا معنى الاقالة والعقد لا تعتبر فيها باللفظ وانما تعتبر بالمعنى ولما كان معنى ما وجد
منهما السلم والاقالة وذلك يجوز في الطعام قبل استيفائه جاز ذلك في مسئلتنا (مسئلة) وان كان
الطعامان من قرض جاز ذلك حل أجلهما أو لم يحل لان اتصال القرصين في الطعام ليس بممنوع
وان كان أحدهما من بيع والآخر من قرض فحل أجلاهما جازت المقاصة لان اتصال القرض بالبيع
جائز في الطعام فان لم يحل واحد منهما فالمشهور من المذهب انه لا يجوز وبه قال ابن القاسم وقال
ابن حبيب ان اتفق الأجلان جازت المقاصة وقاله أصحاب مالك الا ابن القاسم وجه القول الاول ان
المقاصة قبل الاجل مع الاجل في البيع يمنع المقاصة بما لا يجوز الا عند حلول الأجل كالمقاصة
بالدينار والدرهم ووجه القول الثاني انه اذا كان الاجلان واحدا كان ذلك بمنزلة حلولهما لان
الذمتين تبرأ منهما دون زيادة من أحدهما (مسئلة) فان حل من الأجلين أجل القرض ولم يحل
أجل السلم لم يجز ذلك أيضا لما قلنا وان حل أجل السلم ولم يحل أجل القرض لم يجز عند ابن القاسم
وجوزه أشهب وجه ما قاله ابن القاسم ان هذا مقاصة بما حل في السلم فوجب أن يكون بيعا كالمولم
يحل أجل السلم ووجه قول أشهب ان القرض لما لم يلزم أجله المقرض كان بمنزلة الحال والمشهور
من قول أشهب أن المسلف لا يجبر على قبض القرض قبل الأجل وعن ابن القاسم انه يجبر فكان

يجب أن تجوز هذه المسئلة على أصول ابن القاسم ولا تجوز على أصل أشهب غير أن ابن القاسم أكثر تمسكاً بأصله لأن الاجل وإن لم يلزم المتسلف فهو يلزم المسلف (مسئلة) وأما ما اشترى جزاها فإن استيفاءه بتمام العقد فيه لأنه ليس فيه توفية أكثر من ذلك ويتخرج في ذلك مذهبان أحدهما أن الحديث بالمنع من بيع الطعام قبل استيفائه عام فيه وفي المكيل الآن الاستيفاء فيه بتمام العقد عليه والثاني أنه لا يتعلق به المنع والحديث خاص في المكيل الذي فيه حق التوفية ولذلك قال صلى الله عليه وسلم حتى يستوفيه ولم يقل حتى ينقله أو يأخذه فعلق هذا الحكم بما ثبت له حكم الاستيفاء وهو المكيل والموزون والمعدود وقد روى ابن القاسم عن مالك في المبسوط من اشترى طعاماً مبصراً جزاها فإنه لا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه من بائعه منه أو من غيره نقده الثمن أو لم ينقله بأكثر من الثمن أو أقل أو مثله ومما يدل على ذلك أن من اشترى تمرًا في رؤس النخل فلا بأس أن يبيعه قبل جده وإن كان استيفاءه لم يوجد لاتفاقنا مع الشافعي على ثبوت حكم الجاهية فيه وقد روى الوفا عن مالك أنه لا يجوز بيع شيء من المطعومات يبيع على الكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزأ في قبضه وبه قال أحمد بن حنبل والثوري (مسئلة) ومن ابتاع لبن غنم بأعيانها شهرًا فأراد يبيعها قبل أن يجلبه نهى عنه ابن القاسم وأجازه أشهب واختار محمد النخعي قال لأنه في ضمان البائع حتى يقبض فهو من يبيع ما لم يضمن من الطعام وجه قول أشهب أنه لم يبق على البائع فيه حق توفية كالثمرة في رؤس النخل والفرق على قول ابن القاسم بينها وبين الثمرة في رؤس النخل أنها ليست في ضمان البائع على الإطلاق وانما هي من ضمانه على وجه مخصوص يختلف فيه

(الباب الرابع في تمييز ما يصح قبض البيع الثاني)

أما قبض المسلم إليه الطعام من نفسه باذن المسلم فلا يجوز أن يباع به وكذلك قبض زوجته أو عبده أو مدبره أو أم ولده إلا أن يكون ولده الكبير الذي قبض بالحيارة عنه فلا بأس بذلك قاله ابن القاسم في المدونة ولو استوفى كيلة منه ثم تركه عنده أو عند غيره جاز له أن يبيعه قبل أخذه منه قاله مالك في المبسوط ووجه ذلك أنه لو استوفاه وتركه عنده وديعة واستيفاءه من وهب أو تصدق به عليه أو قرضه يبيع له يبيعه لأنه قد حل محل من كان له وبالله التوفيق ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه * ش قوله كنا نؤمر بانتقاله إلى مكان سواه قبل أن نبيعه معناه والله أعلم أنه اشتراه جزاها وقد ورد ذلك مفسرا ورواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه قال رأيت الذي يشتري الطعام مجازفة يضر بون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يؤوله إلى رحاله فلما كان الاستيفاء في بيع الجزأ يتم بتمام اللفظ بالبيع وقد رأيت لابن عبدوس في المجموعة ما يقتضي هذا أنه روى عن مالك فبين ابتاع تمر عدد فخلات بلا كيل أن له يبيع ذلك قبل جده لأنه قد صار في ضمانه بالبيع فذلك قبض فاقضى قوله أن تمام البيع هو القبض وأما التخلية بينه وبين المتاع فليست من باب التوفية وانما هي من باب تركه منع ذي الحق من حقه وقد قال القاضي أبو محمد أنه يجوز له يبيعه فأشار إلى أن التخلية على التوفية فعلی هذا يكون معنى ضررهم على المنع من يبيعه حتى ينقلوه إلى رحالهم ليتبين الاستيفاء بعد وجود التوفية بالتخلية فشرع نقله من مكانه ليفصل بين البيعتين عمل ظاهر فيه بعض أفعال الكيل لأن الكيل فيه أيضا نقل من مكان إلى مكان إلا أنه نقل يلزم البائع ولم يبق في الجزأ على البائع عمل فجاز لذلك يبيعه كما يجوز بيع التمر على رؤس

* وحدثنى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن
عمر أنه قال كنا في زمان
رسول الله صلى الله عليه
وسلم نبتاع الطعام فيبعث
علينا من يأمرنا بانتقاله
من المكان الذي ابتعناه
فيه إلى مكان سواه قبل
أن نبيعه

النخل لمن اشتراها قبل أن يجدها وانما بقي فيه العمل على المبتاع أن ينقله قبل أن يبيعه وهذا لما كان
حقا على المبتاع لم يبطل البيع ولذلك لم يكن له تعلق بالبائع وقد روى في المبسوط ابن القاسم عن
مالك ما تقدم من جواز بيع الصبرة لمن اشتراها قبل أن يقبضها ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي
والدليل على ما نقوله قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا ولأنه لم يوفه حق توفيقه فجاز بيعه
كالمكيل بعد الكيل وحكى القاضي أبو محمد أن مالك استحب أن يباع بعد نقله ليخرج من
الخلاف وعندى في هذه المسئلة أن مالك كان يملككم على صحة العقد والعقد صحيح لما ذكرناه ولم
ينكلم على ما يلزم المشتري من تقديم نقله ويجب أن يتقرر المذهب على أنه ليس بلازم له ليخرج
بتركه ويلزم الإمام أن يمنع منه فإن فات بعقد البيع لم يرد لصحة العقد والله التوفيق وقد روى في
المدنية ابن نافع عن مالك أنه كره لمن اشترى الطعام جزأ أن يبيعه بنظرة قبل أن ينقله قال مالك لأنه
بلغنى أن ابن عمر كان يقول إن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلينا إذا اشترينا الطعام جزأ فلا تبعوه
مكانه الذي اشترىتموه فيه حتى ينقله إلى مكان سواء قال مالك تفسيره أن يبيعه بالدين قال ابن القاسم
كان يستحب ذلك ولا يراه حراما وإن وقع جاز وما قدمناه فيه ظاهر محتمل وفي كتاب أبي القاسم
الجوهري بآثار هذا الحديث أنما هو في تلقى الركبان وهذا أيضا محتمل فيكون معناه أن من اشتراه
في موضع غير سوق ذلك الطعام فلا يبيعه من يلقاه قبل أن يبلغ به السوق وقولهم إنما يرجع إلى صحة
العقود دون ما على البائع الثاني ذلك فانهم لم يتعرضوا لذكره والله أعلم وأحكم وقد تقدم من رواية
يحيى بن زكريا الوقار أن ذلك لا يجوز والله أعلم وأحكم ص **✽** مالك عن نافع ابن حكيم بن حزام ابتاع
طعاما أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه فبلغ ذلك عمر بن
الخطاب فردده عليه وقال لا تبع طعاما ابتعته حتى تستوفيه **✽** ش قوله أن حكيم بن حزام ابتاع طعاما
أمر به عمر بن الخطاب للناس فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه **✽** ش قوله أن حكيم بن حزام ابتاع طعاما
قبل قبضه وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك في فرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه لاز واج
النبي صلى الله عليه وسلم من الأرزاق من طعام فلا بأس ببيع مثل هذه الأرزاق قبل قبضها وكذلك
طعام الجار فعلى هذا أنما هو عمر بن الخطاب عن بيعه لأنه صار إليه بالابتاع ولا يجوز له بيعه قبل قبضه
ولم ينه عن شرائه لأنه لم يصر إلى أن من باعه منه معاوضة ويحتمل أن يكون أمر لهم به على عمل
استحقوه به فقبضوه ثم ابتاعه منهم حكيم بن حزام فباعه قبل قبضه فعلى هذا ابتاعه جائز مباح وبيعه
ممنوع ويحتمل أن يكون أمر لهم به لعمل عملوه فباعوه منه قبل قبضه ثم باعه حكيم قبل قبضه أيضا
فعلى هذا ابتاعه ممنوع وبيعه ممنوع وقد قال ابن حبيب في واخته ما كان من أرزاق القضاة أو
الكتاب أو المؤذنين وأصحاب السوق من الطعام فلا يباع حتى يقبض وما كان من صلة أو عطية من
غير عمل فذلك جائز

✽ وحدثنى عن مالك عن
نافع أن حكيم بن حزام ابتاع
طعاما أمر به عمر بن
الخطاب للناس فباع حكيم
الطعام قبل أن يستوفيه
فبلغ ذلك عمر بن الخطاب
فردده عليه وقال لا تبع
طعاما ابتعته حتى تستوفيه

(فصل) وقوله فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فردده عليه يريد أنه رد بيعه قبل استيفائه فقبضه مبتاعه
فإن كان البيعتان ممنوعتين فقد رد هما وإن كان بيع حكيم بن حزام هو الممنوع خاصة رد وذلك
أنه إن كان لم يرغب المبتاع عن الطعام نقض البيع بينهما وأخذ المبتاع الطعام الثمن إن كان قضاء وبقي
الطعام لبياعته وإن كان قد غاب عليه رد مثله وأخذ ثمنه ولو كان مبتاعه قد غاب فلم يقدر عليه رد
في الموازنة عن ابن القاسم يؤخذ الثمن من البائع فيبتاع به مثل طعامه فإن قصر عن مقدار طعامه
كان له أن يبيع الغائب مما نقص وإن فضل شيء وقف للغائب يأخذه إن جاء وإن كان كفاها جزأ بعضها

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا لأتحل بيع الزبائير وان فقال أعوذ بالله وما ذلك فقالا هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها * ش قوله أن صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا لأتحل بيع الزبائير وان فقال أعوذ بالله وما ذلك فقال هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يتباع طعاما من رجل إلى أجل فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام إلى السوق فجعل يري به الصبر ويقول له من أيتها أحب أن يتباع لك فقال المتباع أتبيعنيها ليس عندك فأتبعه الله ابن عمر قد كرا ذلك له فقال عبد الله بن عمر للمتباع لا تتبع منه ما ليس عنده وقال للمتباع

من بعض ص * مالك أنه بلغه أن صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا لأتحل بيع الزبائير وان فقال أعوذ بالله وما ذلك فقالا هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها * ش قوله أن صكوكا خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا لأتحل بيع الزبائير وان فقال أعوذ بالله وما ذلك فقال هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يتباع طعاما من رجل إلى أجل فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام إلى السوق فجعل يري به الصبر ويقول له من أيتها أحب أن يتباع لك فقال المتباع أتبيعنيها ليس عندك فأتبعه الله ابن عمر قد كرا ذلك له فقال عبد الله بن عمر للمتباع لا تتبع منه ما ليس عنده وقال للمتباع

(فصل) وقوله لأتحل الزبائير وان على سبيل الإغلاظ مع علمه باحتال مثل هذا منه لما ظهر من ذلك وشاع قهرانه قد بلغه ذلك أو قد كان يجب أن يبلغ في مثل حاله واهتبل بأحوال المسلمين وسائر وسأل عن أديانهم في بيعاتهم وغيرها وقول مروان أعوذ بالله من ذلك على سبيل التنصل والتبري من إحلال الزبائير سأل عنه سبب قوله فأخبره أن الصكوك التي أنفذها للناس بالجار ابتاعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فنقص على أن هذا معنى الزبائير الذي أنكر إحلاله وابتاعه للناس لأن هذا بيعتان في طعام لم يتخللها استيفاء وما يخرج في الصكوك لا يكون إلا مكيلا من الطعام

(فصل) وقوله فبعث مروان الحرس يتبعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها يقتضي نقض تلك البياعات فإن حل على ظاهره من أنها كانت ترد إلى من خرجت الصكوك باسمه فقد نقض البيعتين بيع من اشترى منهم وبيع من اشترى ممن اشترى منهم ولا خلاف أنه لا يلزم بمجرد بيع الطعام قبل استيفائه الانقضاء البيع الثاني على ما قدمناه فإن كان من أهل العينة يقول أحدهما لصاحبه تعال أبتاع لك قفيز حنطة بدينار على أن أبيعك منك بدينارين وقد قال في العتية ابن القاسم فيمن قال لرجل اشتر هذه السلعة بعشرة تنقدها وهي على بعشرين أجبأ على الأمر ففعل فهذا زيادة في السلعة ويسخ البيع ما لم يفت فإن فاتت لزمت الأمر بعشرة وسقط ما زاد قال ابن حبيب إن وقع لزمت السلعة الأمر بعشرة فيؤمر بأن يعطيه عشرة معجلة ويعطيه جعل مثله أنما يبطل البيع الثاني فهذا على تأويل قوله يردها إلى أهلها إلى من خرجت باسمه ويحتمل أن يريد بأهلها مستحق رجوعها إليه فترد حينئذ على هذا التأويل إلى من ابتاعها أولا وبالله التوفيق ص * مالك أنه بلغه أن رجلا أراد أن يتباع طعاما من رجل إلى أجل فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام إلى السوق فجعل يري به الصبر ويقول له من أيتها أحب أن يتباع لك فقال المتباع أتبيعنيها ليس عندك فأتبعه الله ابن عمر قد كرا ذلك له فقال عبد الله بن عمر للمتباع لا تتبع منه ما ليس عنده وقال للمتباع

لا تبع ما ليس عندك **ش** قوله في رجل أراد أن يبتاع طعاما من رجل إلى أجل يحتمل أن يريد به أنه وصف له طعاما ظن المبتاع أنه عنده أو أراه طعاما ظن أنه عنده أو قال له في الجملة أنا أبيع منك طعاما فاعتقد المبتاع أنه عنده وظن هو أن يبيع ما ليس عنده فذلك جائز ولو علم المبتاع أولا أنه يبيعه ما ليس عنده لأنكر عليه كما أنكره حين تبين له ذلك وأما إذا أراه عين طعام فباعه قدر ما منه والمبتاع يعتقد أنه عنده ففي كتاب ابن الموزان سحنون من سؤال حبيب فمين عرض قمحا وزيتا في يده منه فجاء به رجل منه على أفقره معلومة ثم قال ما عندي منه شيء أو هو لغيري وأبي أن يبيع فقال ان أقام بيننا أنه لا شيء عنده منه وأنه لغيره أو لا لزمه أن يأتي بالأفقره التي باع منه ووجه ذلك أن يبيعه منه لقد علم أقراره بأنه يملكه ويقدر على الاتيان به وقد استحق عليه ذلك بالابتاع منه فليس له الرجوع عن ذلك لأن عقد البيع لازم الآن يظهر من عدم ملكه ما فيه براءة له وبالله التوفيق (فصل) وقوله فذهب به الرجل إلى السوق فجعل يريه الصبر ليعتد له من أيها يحب فتبين للمبتاع بذلك أنه إنما باع منه ما ليس عنده ولو كان له لما احتاج أن يبتاعه فأنكر ذلك عليه وقال اتبعني ما ليس عندك وذلك أن يبيع ما ليس عند الرجل على وجه البيع لا يجوز لأن المبيع على ضربين معين وهو الذي ينطلق عليه اسم المبيع فلا يجوز إلا أن يكون معينا كالثوب أو الدابة أو العبد أو معينا بالجملة مثل أن يكون قفيزا من هذه الصبرة وأما ما كان في الذمة فاسم السلم أخص به فإنه يتعلق بالذمة ولا يجوز أن يكون معينا ولا حالا وسيأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله ويتعلق المنع ببيع ما ليس عنده بالوجهين جميعا فأما في السلم فإنه يخرج عن حكم السلم ويدخله المنع إذا كان معجلا أو كان معينا ليس عنده وأما البيع فإنه أيضا ممنوع من تعلقه بما ليس عنده لانتفاء قلنا أنه يجب أن يكون معينا ويكون في ملكه فأن لم يكن في ملكه وكان معينا لم يصح لمسا فيه من الغرر لأنه لا يمكن تخليصه وإذا لم يقدر على تخليصه لم يمكن تسليمه وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه ولذلك لم يجز بيع العبد الأبق والجل السارد والطائر في الهواء والسمك في البحر وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه والدليل على ذلك ما رواه أبو عبد الرحمن أخبرنا يزيد بن أيوب أخبرنا هشيم أخبرنا أبو بشر عن يوسف بن ماهر عن حكيم بن حزام قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله يأتي الرجل يسألني البيع ليس عندي فأبيعه منه ثم أبتاعه من السوق قال لا تبع ما ليس عندك وهذا عندي أشبه أسنادا ورد موصولا لهذا المتن والله أعلم (مسئلة) وأما ما عنده فإنه على ضربين أحدهما أن يكون غائبا والثاني أن يكون حاضرا فأما العين الغائبة فقد تنقذ المعايضة فيها على وجهين أحدهما على وجه المعايضة والمكايضة والثاني على وجه المكايضة والتفضل فأما ما كان على وجه المعايضة والمكايضة فإنه لا يصح ذلك إلا بصفتها أو برؤية متقدمة فيها فإن كان بالصفة المستوعبة لمعانيها جاز ذلك في جميع المبيعات ويجب على قول ابن القاسم الذي يقول لا يجوز السلم في تراب المعادن أن لا يجوز بيعه بالصفة لأنه قال لا يحاط بصفته ومنع الشافعي بيعه بالصفة وسيأتي الكلام عليه عند ذكر بيع البرنامج إن شاء الله تعالى (مسئلة) وإذا قلنا أنه يجوز بيعه على الصفة فقد قال القاضي أبو محمد أن الذي يحتاج إليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمها ولا يكفي في ذلك ذكر الجنس والعين فقط لأن بيع الملامسة لا يعرى من رؤية العين ومعرفة الجنس ومع ذلك لا يجوز وأما الرؤية المتقدمة فقد قال ابن القاسم في المدونة أن كانت تقدمت رؤيته لها بأمد قريب فإن ذلك جائز وإن كانت بأمد بعيد يعلم أن تلك السلعة أو

لا تبع ما ليس عندك

الحيوان لا يبلغه الا بعد التغير فلا يجوز ذلك الا ان يقول البائع انها على الصفة التي رايتها (فرع)
 اذا ثبت ذلك فانه لا يخلو ان يكون بعيد الغيبة أو قريبها فان كان بعيد الغيبة لم يجز بيعه على شرط
 النقد على ما قدمناه من منع الذرائع لأنه ان سلم الى الاجل وكان على الصفة كان بيعا وان لم يسلم أو لم
 يكن على الصفة رد رأس المال فكان سلفا فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر لم يجز الا ان
 يكون المبيع أرضا أو عقارا فانه يجوز بيعه بالصفة على شرط النقد وذلك أن السلامة فيها هي الغالبة
 فذهب الغرر من جهة ما يتوقع عليها وانما الغرر فيها من جهة واحدة وهي المخافة من مخالفة الصفة
 وقد قال مالك انما النقد فيها اذا كان الواصف غير البائع (فرع) فاذا قلنا بجواز البيع في الاعيان
 الغائبة البعيدة على الصفة فنضمن من هي تختلف قول مالك فيها مرة قال انها من ضمان المبتاع حتى
 يشترطه على البائع ثم رجع عن ذلك وقال من ضمان البائع حتى يشترطه على المبتاع قال ذلك ابن
 القاسم في المدونة زاد القاضى أبو محمد عنه رواية ثالثة وهي أن ضمان الحيوان والمأ كقول وماليس
 بما مون على البائع وضمان الدور والعقار على المشتري فجعل هذه المقالة مقالة ثالثة والذي عندي
 أنها هي المقالة الثانية استثنى فيها الدور والعقار من سائر المبيعات في الضمان وعلى ذلك رواها ابن
 القاسم وبينها في غير موضع قال القاضى أبو محمد وجه الرواية الاولى أن الاصل السلامة مع كونه
 متبعا عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية فكان ضمانه من المشتري وذلك اذا علم أن الصفة صادقة
 حتى سلم ثم تلف من بعد ووجه الرواية الثانية أن على البائع توفية المشتري ما اشتراه فلما لم يوفه لم
 يستحق عليه العوض والتلف منه لأنه لم يحصل بيد المشتري ووجه التفرقة بين المأمون وغير المأمون
 أن المأمون على ظاهر السلامة فيجب أن يكون ضمانه من المشتري كالحاضر ولأن النقد لما جاز في
 غير المأمون دون غيره دل على افتراقهما في حكم الضمان (مسألة) وأما ان كان قريب الغيبة فانه
 يجوز النقد فيه بالشرط لأنه لا ينفي الأحاد وجهين المخافة وهي مخالفة الصفة وهذا من معنى
 التدليس بالعيب فلا يمنع اشتراط النقد وقد قال ابن القاسم في المدونة اذا كان المبيع الغائب على
 مسيرة اليوم واليومين ونحوه جاز النقد فيه طعاما كان أو غيره
 (فصل) وأما ان كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه ما اشترى في يومه ولا
 يصفه ولا يدكر جنسه من الرقيق والدواب والعروض على اختلاف أنواعها مثل أن يقول اشترت
 اليوم شيئا رخيصا فيقول أرني اياه فيقول نعم في المدونة من قول ابن القاسم يلزم البائع ويكون
 المبتاع بالخيار وهذا لأن مقتضى التولية المكارمة ولا غرر في هذا العقد لأن البائع قد علم صفة
 ما باع فلا غرر عليه والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضا (مسألة) وهذا اذا كان بلفظ التولية
 فأما اذا كان بلفظ البيع أو بغير ذلك الثمن فلا يجوز الا ان يشترط له الخيار ووجه ذلك أن مقتضى
 البيع المغابنة والمسايسة ومثل هذا من العقود لا يصح أن ينقذ فيها جهلت صفته وجنسه فاذا شرط
 الخيار فقد صرح بالمكارمة وسامت جنبه المبتاع من الغرر ذلك كله ابن القاسم في المدونة
 والى القرب من هذا أشار أبو حنيفة فقال انه يجوز بيع الاعيان الغائبة وللمبتاع خيار الرؤية
 (فرع) اذا ثبت ذلك فنبتاع عينا غائبة بصفة فوجدناها على تلك الصفة لزمته ولا خيار له الا ان
 يشترطه قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أنه يبيع موصوفى وجد على صفته فلم يثبت فيه خيار
 الرؤية كالمسلم فيه وقال القاضى أبو محمد لا يجوز بيع عين غائبة بعد رؤية ولا صفة وان شرط
 خيار الرؤية وذكر عن الشيخ أبي بكر عن أصحابنا أنهم يقولون ان ذلك خارج عن الاصول والى

هذا ذهب الشافعي وجه القول الاول نقص شرطه ووجه القول الثاني أن هذا يبيع مجهول الصفة عند العاقد سال العقد فلم يصح بيعه كالمسلم اذا عرا عن الوصف
 (فصل) وقوله للمبتاع لا تتبع ما ليس عندك يريد انه لما كان هو القائل بالمنع من هذا البيع لمافيه من تصديقه ثم عطف على البائع فقال له لا تتبع ما ليس عندك على وجه النهي له والاخبار بان ما اعتقد قبل ذلك من جواز البيع فيه ليس بصحيح وهذا كله يدل على أنه لم ينقذينها ببيع لأنه لم يأمرهما بفسخ ولا رد وانما نهى عن أمر مستقبل ولو وقع منهما بيع لأمرهما أولاً برده ثم امان يقتصر على ذلك أو يتبعه النهي عن موافقة مثله في المستقبل وقدر وى عيسى في المدينة سألت ابن القاسم عن العينة المكروهة والعينة الجائزة فقال ابن القاسم العينة المكروهة أن يأتي الرجل ليمتاع منه طعاماً أو حيواناً أو عروضاً أو متاعاً إلى أجل فيقول ليس عندي ولكن اربحني كذا وكذا واشتر به لك فاذا اتفقا على الربح اشترى ذلك فهذه العينة المكروهة لأنه أعطاه ذهباً بأكثر منها إلى أجل قال ابن القاسم لو قال له ما عندي ثم ذهب فاشترى مثل ذلك المبتاع ثم لقيه بعد ذلك فقال عندي ما تحب فتعال أبيعك قال مالك ان لم يكن الا هذا فلا بأس به ان لم يكن مواعدة أو عادة يعرض له بها ولا أحب أن يقول له ارجع الى قال مالك ولو سأله أن يشتري متاعاً يبتاعه منه إلى أجل ولم يترأض على ربح فلقبه بعد ذلك فباعه على ربح رضاه لم يكن في أصل كلامه مال كان مكرهاً قال ولا أفسخ بيع هذا ولا الذي يقول ارجع الى في ذلك ثلاث مسائل اذا قال له تعال اشتر به لك وتربحني كذا ويتفقا على ذلك فهذه لا يجوز وان وقع رد الثانية أن لا يتفقا على ربح الا انه يقول له ارجع الى أو يقول له سأفعل ولا يوافق على ربح مقدر فهذا مكره لمافيه من مضارعة الحرام ومشابهته وخوف المواعدة أو العادة فيه فهذا يكره ابتداء وان وقع لم يفسخ لانه انما اشترى في الظاهر لنفسه لانه لم يوافق قبل ذلك ولم يقدم معه عقداً يأنزه أحدهما لما لم يقرر اربحاً والثالثة لا يراجع به شيء يطعمه ولا يتعلق به ثم يشتري لنفسه فهذا مباح وهو بمنزلة من يشتري سلعة عرف نفاقها ورجل جاحص الناس على شرائها وقد قال ابن القاسم في المدينة ان العينة الجائزة أن يشتري الرجل المتاع والحيوان والدواب والعروض ويعدها لمن يشتريها منه ولا يواعد في ذلك أحد ابعينه وانما يعدها لكل من جاء يطلب الاتباع منه بنقد أو إلى أجل فهذه عينة جائزة لا كراهية فيها من مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب اني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون على إلى أجل فقال له سعيد أريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فناء عن ذلك ثم قول جميل بن عبد الرحمن اني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس بالجار ماشاء الله يريد انه يبتاعها من أربابها الذين خرجت لهم الصكوك بها اما على صفتي سفونها أو على عادة عرفوها من طعام الصكوك تقوم مقام معرفة الجنس والصفة فقد يكون الطعام الكثير المحبوب من بلد يجتمع في موضع فتتفق أجزاءه وتتقارب فينتقل منه الاجزاء والاحمال وما يعرف به جنسه الى ما يقرب منه من البلاد كالمدينة على ساكنها أفضل الصلاة وأتم السلام من الجار وما جرى مجرى ذلك فكان جميل بن عبد الرحمن يشتريها منهم على هذا الوجه والله أعلم وأحكم ثم كان يأخذ من الناس سلماً في طعام على تلك الصفة وهو ينوي أن توفيهم منه وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يحملهم على من عنده ذلك الطعام يأخذ المسلم اليه ذلك منه عند الأجل فهذا الاخلاف في منعه لانه يبيع الطعام قبل استيفائه لان جميل بن

• وحدثنى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب اني رجل أبتاع من الأرزاق التي تعطي الناس بالجار ماشاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون على إلى أجل فقال له سعيد أريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت فقال نعم فناء عن ذلك

* حدثني يحيى عن مالك
عن أبي الزناد أنه سمع
سعيد بن المسيب وسليان
ابن يسار ينهيان أن يبيع
الرجل حنطة بذهب إلى
أجل ثم يشتري بالذهب
ثمرا قبل أن يقبض الذهب
* وحدثني عن مالك عن
كثير بن فرقد أنه سأل أبا
بكر بن محمد بن عمرو بن
حزم عن الرجل يبيع
الطعام من الرجل بذهب
إلى أجل ثم يشتري بالذهب
ثمرا قبل أن يقبض الذهب
فكره ذلك ونهى عنه
* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب بمثل ذلك

﴿ مَا يَكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ ﴾

(۳۷ - منتقى - بع)

لا يجوز منها أن يباع بدرهم إلى أجل ثم يأخذ بالدرهم ثم أمانا أعتقده أنه قد يبيع حنطة بالدرهم إلى أجل فيبيعه لطعامه على ذلك يبيع مكرهه لأجل الأجل ولولا الأجل ما حرم لأنه لو باعه بثمن ثم أخذه فمراقب أن يفترقا لكان الأظهر عندي جوازه والله أعلم وأحكم

(فصل) ونهيم عن أن يبيع الرجل حنطة ويقبض بثمنها بعد افتراقهما ثمراقب أن يستوفيه أنه من يبيع الطعام بالطعام إلى أجل وفي ذلك مسئلتان أحدهما أنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام نساء والثانية أنه إذا باع طعاما لم يأخذ من ثمنه طعاما فاما المسئلة الأولى فإنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام إلا إذا يبدى سواء كان من جنس واحد أو من جنسين مقتات أو غير مقتات وقد تقدم ذكره (مسئلة) ومن باع مطعوما بقر لم يجز أن يأخذ من ثمنه طعاما إلا في المجلس الذي وقع فيه البيع الأول فإن كان البيع الأول إلى أجل أو بالنقد فافتراق من ذلك المجلس لم يجز بعد ذلك أن يأخذ به طعاما وبه قال أبو حنيفة وأجاز الحسن وابن سيرين والثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه أن يأخذ عند حلول الأجل من ثمن الطعام طعاما إذا لم يفارقه حتى يقبض والدليل على ما يقوله أن هذا أخذ بالطعام طعاما غير يديده فلم يجز أصل ذلك إذا باعه الطعام بالطعام وافتراق قبل التقابض (فرع) وهذا على ضربين أحدهما أن يأخذ من غير صفة الطعام الذي باع والثاني أن يأخذ من صفة فأما أخذه من غير صفة فسيأتي ذكره وأما أن يأخذ من طعاما على صفته في الجنس والنوع والجودة فلا يخلو أن يأخذ مكيلة ماباع أو أكثر وأقل فإن أخذ مكيلته جاز لأنه انما يتول إلى القرض وهو جائز أن يسلف اردبا من حنطة في مثله وتحقيق هذا ان كل ما جاز لك أن تدفع فيه المبيع أولا إلى أجل فإنه يجوز أن تأخذ من ثمنه وما لا يجوز لك أن تدفعه فلا يجوز لك أن تأخذه من ثمنه وهذا يقتضى أن المنع منه انما هو للذريعة لأنه نفس الحرام (فرع) وان كان مقدار ما أخذ أكثر من مقدار ما باع لم يجز لأنه يقول إلى ان دفع اردب حنطة وأخذ عوضا منه بعد مدة أردبين من صفته وذلك غير جائز وان كان أخذ أقل منه ففي كتاب محمد اختلف قول مالك فأجازه مرة وبه قال أشهب وأباه أخرى وهو الذي في المدونة فوجه اجازته ضعف النعمة في تسليم الكثير في القليل من جنسه ووجه المنع منه أن ذلك مقصود في غير العين وما تحتلف أسواقه ليكون في ذمة المسلف إلى أجل (مسئلة) وأما ان كانا غير متمثلين وهو أن يختلفا في الجنس كالحنطة والتمر أو في النوع كالحنطة والشعير والحمولة والسمراء ان في الجودة كالحنطة الجيدة بالرديثة فإنه لا يجوز ذلك فيها وان أخذ من الطعام قدر ما أعطى أو أكثر وأقل لأنه خرج عن حكم القرض لما بين العوضين من المخالفة لان من حكم القرض أن يكونا متمثلين فان تجاوز أحد هلالا آخر في النوع أو الجودة من غير أن يعقد القرض عليه جاز ذلك لان عقد هما مبني على المساواة وليس كذلك في مسئلتنا فانهما تعاقد على المغالبة والمساواة فاذا وجد التفاضل في صفة أو نوع أو جنس لم يحمل على القرض لما فاتاه لمقتضاه وحمل على ما وافق مقتضاه فوجب بذلك الفساد ص **قال مالك وانما نهى سعيد** ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وابن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب ثمراقب أن يقبض الذهب من بائعه الذي اشتري منه الحنطة فاما أن يشتري بالذهب التي باع بها الحنطة إلى أجل ثم من غير بائعه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذي اشتري منه التمر على غيره الذي اشتري منه التمر على غيره **قال مالك وقد سألت** عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا

قال مالك وانما نهى سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وابن شهاب عن أن لا يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري الرجل بالذهب ثمراقب أن يقبض الذهب من بائعه الذي اشتري منه الحنطة فاما أن يشتري بالذهب التي باع بها الحنطة إلى أجل ثم من غير بائعه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذي اشتري منه التمر على غيره الذي اشتري منه التمر على غيره **قال مالك وقد سألت** عن ذلك غير واحد من أهل العلم فلم يروا به بأسا

وهذا كما قال ان النهى انما توجه من الفقهاء المذكورين الى من باع حنطة بثمن مؤجل ثم أخذ
بثمنها عند الأجل من مبيع الحنطة منه تمرا لان ذلك يقتضي أن يؤل الى انه باع حنطة بتمرا الى أجل
وذلك غير جائز لما قدمناه فان لم يشترط ذلك وباع من رجل حنطة بدينار الى أجل ثم اشترى
منه تمرا عند الأجل بدينار ولم يشترط انه يأخذه من ثمن الحنطة ففي كتاب محمد قال مالك لأحب
أن يتقاضيا بعد ذلك ويرد التمر الذي اشتراه وقال ابن القاسم بل يؤدى دينار التمر ويأخذه منه ثمن
فحده وان رد إليه ذلك الدينار بعينه كما لا تستعمل غيرك بدنيك عليه لكن تستعمله بدينار تدفعه
إليه ثم يقضيك إياه ووجه قول مالك ان العقد الثاني هو الذي أدخل شبهة الذريعة فاذا انقض لم
يبقى في العقد الأول ما يفسده ووجه القول الثاني ان الشبهة انما تتم بالمقاصة فاذا منعنا المقاصة
وأدى كل واحد منهما ما عليه صح العقدان وهذا انما يستمر على أحد وجهين اما أن تكون المسئلة
ممنوعة لنفسها ان كان له عند رجل ثمن طام لا يجوز أن يشتري منه بثمنه تمرا وليس ذلك
من وجه الذريعة فتكون المقاصة حينئذ بمنع الذريعة والوجه الثاني أن تكون المسئلة في
نفسها ممنوعة للذريعة الى بيع الطعام بالطعم فتكون المقاصة حينئذ ذريعة الى الذريعة فانما
يصح هذا على منع ذريعة الذريعة فأما على تجوز ذريعة الذريعة فيجب أن تصح المقاصة بينهما لاننا
انما منعنا أن يأخذ بالتمر ثم التمر الثلاثا يكون ذريعة الى بيع حنطة بتمرا الى أجل فان منعنا المقاصة فانما
نمنعها لانها ذريعة الى أن يأخذ من ثمن الحنطة تمرا والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أحوال مشتري
الطعام بآثمه بثمن الطعام لم يجز للبائع أن يأخذ من المحال عليه طعاما ولا يجوز له أن يأخذ منه الا
ما يجوز له أن يأخذ من مبيع الطعام ماله ووجه ذلك انه باع طعاما وأخذ في ثمنه طعاما كما لو
أخذه من المبيع

(فصل) وقوله فاما أن يشتري بالذهب الذي باع بها حنطة تمرا من غير بائعه قبل أن يقبض الذهب
ويحمله على مبيع الحنطة بالذهب فلا بأس به ومعنى ذلك أن يشتري بقدر ذلك الذهب تمرا ويتعلق
الثمن بدمته ثم يحمله به على مبيع الحنطة فذلك جائز واما أن يشتري منه بذلك الثمن تمرا حتى لا يتعلق
بثمن التمر بدمته وانما يكون ثمن التمر ماله من الذهب التي هي ثمن الحنطة على مبيع الحنطة فما أراه
أراد ذلك لانه أخذ من ثمن الحنطة تمرا فكأنه باع من رجل حنطة بتمره على رجل آخر يحمله عليه
ووجه جواز المسئلة التي ذكرها انه اشترى تمرا يأخذه من ثمن الطعام وانما اشترى بعين متعلق بدمته
ثم أحواله بذلك التمر على مبيع الحنطة وذلك في معنى البيع والفرق بين هذه المسئلة وبين أن يحمله
مبيع الحنطة بثمنها على رجل ف يأخذ منه بذلك الثمن تمرا فلم يجوز له وجوز أن يبيع التمر من أجنبي
حتى يتعلق ثمن التمر بدمته مع كون ذمة مبيع الحنطة مشغولة من ثمن حنطة آل الى تمرا لأن ثمن التمر
آل الى حنطة وانما وقعت الحوالة في ثمنها بعد ثبوتها في الذمة عينا وأما الذي أحواله مبيع الحنطة
على رجل فأخذه بثمنها تمرا فان ثمن الحنطة نفسه آل الى تمرا فيفسد بذلك (فرع) ولو وكلت من
يقبض التمر فقبضه فألتفه جازي أن يأخذه منه به طعاما قاله ابن حبيب في الواححة والفرق بينه وبين
المسئلة التي قبلها ان التهمة تبعد في ضياع الثمن عند الوكيل وتغير به إياه ووجه آخر انه اذا ثبت
للبيع الثمن عند الوكيل بالتعدي يخالف حكم ثمن الطعام والله أعلم (مسئلة) ولو كان لرجل على
بائع الحنطة درهم فأحواله بها على مبيعها لم يجز للحال عليه أن يدفع الى المحال الا ما كان يجوز له أن
يدفعه الى المحيل ووجه ذلك أن مبيع الحنطة دفع بثمنها حنطة ففسد ذلك من جهته وروى ابن

المواز هذه المسئلة والتي قبلها عن مالك وهما من جهة منع الذريعة ضعيفان لانه يبعد في التهمة ان
أيسع من رجل حنطة ليحيطي بالثمن بعد انقضاء الأجل على رجل ف يأخذ منه به تمرا أو أجيل عليه
بالثمن من يأخذ منه به تمرا وقد جوز مالك للمساكين في صفقة واحدة أن يقبل أحدهما من حصته من
السلم دون الآخر وعلل ذلك بأنه لا يثبت أحداً أن يسلف لمبتاع غيره ولعله قد منع ذلك على وجه
الكراهية والاستئصال للمسئلة أو يكون منعه منها لانهما ممنوعتان لأنفسهما لا للذريعة وقد بينا
وجه ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان ابتعت من حنطة بئس الى أجل فأخذت منه كفيلا فدفع
اليك الكفيل الثمن أو دفعه اليك رجل متبرعا كان له أن يأخذ ممن يبتاع الحنطة طعاما من غير
صنفه ومن صنفه أقل أو أكثر حكاه ابن المواز عن ابن القاسم وهو في الواضحة ووجه ذلك ان الوكيل
والمتبرع أقرضا المبتاع وقضيا عنه بمن الطعام والذي لها عنده ليس بمن الطعام وانما هو ما أقرضاه
ولذلك لم يفتقر في الرجوع على المبتاع الى احواله البائع وفي المسئلتين المتقدمتين انما عامل البائع
ووجب لها قبله ما أحاط به ولو لا حالته ما تبعا المبتاع بدين لها عليه فصار ما يطلب به المبتاع هو نفس
ثمن الطعام (مسئلة) ومن اشترى لك طعاما لا يعرف كيله فان قامت البيعة على اتلافه له جاز لك
أن تأخذ منه بقيته طعاما قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا ثبت اتلافه فقد وجبت قيمته فلا تهمه
في أخذك بالقيمة طعاما لان الاتلاف لم يكن باختيار من له الطعام والمتلف قد يتقن لزوم القيمة ولو
غاب عليه انهم أن يكون أسكه ودفع به طعاما سواء كان الاتلاف المذكور بحرف أو غيره من انتفاع
المتعدي به وبالله التوفيق

﴿ السلف في الطعام ﴾

ص ﴿مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه قال لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف
بسعر معلوم الى أجل مسمى ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه ﴾ ش قوله رضي
الله عنه لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف يقتضي أن يكون المسلم فيه موصوفا
لان السلف يكون بمعنى القرض ويكون بمعنى السلم فأما القرض فلا يحتاج الى وصف لانه لا يجوز
أن يشترط الامثل ما أعطى فلا يصح أن يرده به هنا القرض وأما السلم فلا بد أن يكون المسلم فيه
موصوفا لانه لا يصح أن يعرف الا بالوصف لانه لا يجوز أن يكون معيناً وانما يكون متعلقاً بالذمة وهذا
لا خلاف فيه والسلم ستة شروط ونحن نفردها لكل شرط منها بابا * فالأول أن يكون المسلم فيه متعلقاً
بالذمة وقد تقدم الكلام فيه

(الباب الثاني في كونه موصوفا)

وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يريه ما سلم اليه فيه فيقول له أسلم اليك في مثل هذا فهذا
اختلف أصحابنا فيه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأصبح فيمن أسلم في زيت يأخذ من غيره
ويطبع عليه حتى يأخذ من صفته قال لا يصلح قال أصبح اذا كان مضمونا لم يصلح ذلك فيه وان
كان بعينه غائبا فجاز ما لم يشترط خلف مثله وفي السلم الثاني من المدونة سئل مالك عن أسلم
في ثوب أريه ثوبا فيقول له على صفة هذا أو يجتزى بصفته قال ان أراه فحسن والا جازأته الصفة فذبح
ابن القاسم في الموازنة ذلك فيما له مثل وهو كان أقرب الى الجواز وظاهر المدونة يقتضي تجوز

﴿ السلف في الطعام ﴾
* وحدثنى يحيى عن مالك
عن نافع عن عبد الله بن عمر
انه قال لا بأس بأن يسلف
الرجل الرجل في الطعام
الموصوف بسعر معلوم
الى أجل مسمى ما لم يكن
في زرع لم يبد صلاحه أو
ثمر لم يبد صلاحه .

فما لا مثل له وتجويزه فيما له مثل من المكيل والموزون أولى وأحرى فوجه المنع ان اعتبار صفات
 المثل يقتضى أن يكون مثله من جميع جهاته وعلى جميع أوصافه وهذا متعذر لا يكاد أن يوجد
 وانما يكون المثل فيما له مثل على المقاربة واذا بعد هذا في المكيل والموزون فهو في الثياب أبعد وهو
 في الحيوان أبعد منه في الثياب ووجه اباحته أنه انما يلزم وصف المسلم فيه بأوصاف مخصوصة وهي
 التي تقدم ذكرها فاذا أراه ما يسلم اليه في مثله فانما يعتبر من مماثلته تلك الصفات التي لا يجوز له
 الاخلال في السلم بها دون غيرها من الصفات التي لا يلزم ذكرها في السلم (مسئلة) والوجه الثاني
 أن يصفه بصفاته التي يوصف بها على السلامة مما يختلف ثمنه باختلافها وليس عليه أن يصفه بجميع
 صفاته لان ذلك لا يؤثر في ثمنه ولا يوجب رغبة فيه ولا خلاف ان ما لم يضبط بصفة فانه لا يجوز السلم
 فيه وأن يختلف فيما يضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان يجوز عند مالك أن يقرض ويسلم فيه وبه قال
 الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت في الذمة قرض ولا سماعا ولنا في هذه المسئلة ثلاثة طرق أحدها أن
 تدل على نفس المسئلة والثاني أن تدل على ان الحيوان يضبط بالصفة والثالث أن تدل على انه
 يثبت في الذمة والدليل على جواز القرض والسلم فيه الحديث الذي يأتي بعد هذا من الأصل ان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة فجاءته ابل الصدقة قال أبو رافع فامرني رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ان أقضى الرجل بكره فقلت لم أجدي ابل الصدقة قال أبو رافع فامرني رسول
 الله صلى الله عليه وسلم اعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء ومن جهة القياس ان كل ما جاز أن
 يتعلق بالذمة مهر افانه يجوز أن يتعلق به اساءة او قرضا كالثياب والدليل على انه يضبط بالصفة ما روى
 عبد الله بن مسعود قال قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تباشر المرأة المرأة فتنتعها زوجها كأنه ينظر
 اليها ودليلنا من جهة القياس ان كل ما صح أن يثبت في الذمة فانه يصح أن يضبط بالصفة كالثياب
 ودليلنا على أنه يثبت في الذمة ان الحيوان معني يكون بدلا عن سلف فوجب أن يثبت في الذمة
 كالطعام (فرع) اذا ثبت ذلك فانه ليس من حكمه أن يقول فارها وانما يصفه على حسب ما ذكرنا
 فاذا أنه بتلك الصفة لزمه أخذه قاله ابن القاسم في المدونة (مسئلة) ويجوز السلم في اللحم وبه قال
 الشافعي ومنع ذلك أبو حنيفة والأصل في ذلك انه مما يضبط بالصفة فيذكر ما يختلف فيه الأغراض
 باختلافه وذلك بأن يوصف بأنه لحم ضأن أو ماعز أو يوصف بالسمانة وغير ذلك من أوصافه المختصة به قال
 ابن القاسم وغيره ولم أر لأصحابنا تفرقا بين الذكر والأنثى واختلاف الاسنان فان كان ذلك مؤثرا
 في الثمن لزم ذكره (فرع) وهل يذ كر موضع اللحم من الحيوان أم لا قال ابن حبيب وابن المواز
 ليس عليه ذلك قال ابن حبيب فان فعل فحسن وقال القاضي أبو محمد ان اختلفت الأغراض بموضع
 من الشاة من صدر أو فخذاً وجنبه ذكره فوجه القول الاول ما جرت العادة به من امتزاج بعضه ببعض
 دون تفصيل وان اختار بعض الناس مكانا منه على مكان فعلى سبيل الاستطابة له وغيره يختار غير
 ذلك المكان كما يختار من جنس التمر آحاد أعيانه مع تساويه في الصفة ووجه قول القاضي أبي محمد ان
 ما اختلفت الأغراض فيه لزم بيانه كالجنس (فرع) وأما السمانة فقال ابن حبيب وابن المواز لا بد
 أن يذ كر سمينان ذكروا سطا من السمانة فحسن والأجزاء أن يقول سمينان قال ابن حبيب ويكون
 له السمن المعروف عند الناس وجه ذلك ان السمن والهزال مما يختلف الغرض والتمن في اللحم
 باختلافه حتى ان اليسير من السمن له من الثمن أضعاف ما للكثير من المهزول فلا بد من تمييزه بالصفة
 فيصف ما يسلم فيه بالسمن والهزال فاذا ميز بهذا الاسم أجزأه عن أن يذ كر قدر السمانة (مسئلة)

والسلم في الأكارع والرؤس جائز خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والدليل على ذلك ما قدمناه في مسألة اللحم ويحتاج من الصفات إلى كل ما ذكرناه أنه يحتاج إليه اللحم ويذكر مع ذلك كباراً أو صغاراً أو متوسطة إذا سلم فيها عدداً (مسألة) ويجوز السلم في الدور والفصوص خلافاً للشافعي والدليل على ما نقوله أنه مما يدرك بالصفة فيوصف لونه وصفاءه وصورته من طويل أو مدحرج وأملس ونضريس ووزنه وما جرى مجرى هذا من صفاته التي تختلف الأغراض فيه باختلافها ولا يلزم على هذا أن يقال أنه قد يكون بين الأبيض الصافي في المدحرج الذي وزنه درهم وبين آخر يوصف بهذا الوصف تفاوت في الثمن فإن الجارية التي توصف بالبياض والطول وامتلاء الجسم بينها وبين جارية أخرى لا توصف بهذه الصفات تفاوت في الثمن وقد أجمعنا على جواز السلم في الرقيق (مسألة) يجوز السلم في الدنانير والدراهم خلافاً لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله أن كل ما ثبت في الذمة تمناؤه ينبت فيها سلماً كالثياب والطعام

(فصل) إذا ثبت ذلك فإن ماتت به المعاوضة على ثلاثة أضرب ضرب مختلف في جواز السلم فيه وقد تقدم ذكره وضرب متفق على منع السلم فيه وهو تراب معادن الذهب والفضة لأنها لا تضبط بصفة ويجب أن يكون مثل ذلك تراب معادن الحديد وغيره مما يحتاج في إخراج المقصود منه إلى عمل وأما ما يكون المقصود منه موجوداً على هيئته ونحوه فإنه يجب أن يجوز لأن السلم حينئذ إنما يتعلق بالسلم وذلك مما يضبط بالصفة

(فصل) وضرب متفق على جواز السلم فيه كالخنطة والتمر وغيرهما من الجبوب وما يكال ويوزن من غير المطعوم فإذا قلنا بجواز السلم في الخنطة فإن كان ببلد يختلف فيه جنسها فهو على ضربين أحدهما أن يكون حيث يحصل النوعان والثاني أن يكون بحيث يجلب إليه الصنفان فإن كانت بحيث يحصل الصنفان كالأندلس التي يقرب فيها أحدهما ورما اجتمعت في المنبت والمحصود فلا يفضل أن يصفه بجنسه قال ابن حبيب ولا يضره أن لا يصفه بذلك إذا ذكر الجودة والرداءة والأظهر عندي على المنهك خلاف هذا أن يبطل السلم بترك ذكر الصفة لأن الثمن يختلف بالأندلس باختلاف نوع الطعام اختلافاً بينا (مسألة) فإن كان بموضع يجلب إليه الجنسان كالخار والحجاز فن شرط صحة السلم أن يصفها بنوعها وإن كان بموضع إنما يكون فيه النوع الواحد كمصر التي حنطتها كلها بيضاء مع السلامة والشام التي حنطتها ساءراً فهل يحتاج إلى ذكر الجنس أم لا عن مالك في ذلك روايتان أحدهما لا يلزم ذكر الجنس والثانية أنه لا بد بمصر من ذكر الجنس رواها ابن المواز عنه وجه الرواية الأولى أن السلم يختص ببلد العقدم مع الإطلاق فإذا كان جنس المعقود عليه لا يختلف فيه لم يلزم ذكره كالدينار والدراهم ووجه الرواية الثانية أن المعقود عليه يختلف أجناسه فإذا وجب ذكر صفاته وجب ذكر أجناسه كالتمر والخنطة حيث تختلف أجناسها (فرع) وإذا قلنا بآراء رواية الثانية فلم يذكر الجنس فهل يفسخ أم لا قال ابن عبد الحكم يفسخ وقال أصبغ لا يفسخ وجه الرواية الأولى أن هذا موضع يلزم فيه ذكر الجنس فوجب أن يفسد السلم الإخلال به كالموضع الذي يكون فيه الجنسان ووجه الرواية الثانية أن الظاهر من البلد الجنس الواحد وعليه يجب حمل السلم وإنما يؤمر بذكر الجنس على وجه الاستظهار ورفع الإشكال فإذا أخل بذكره وكان هو الظاهر من حاله وجب حمله عليه (مسألة) وعليه أن يذكر مع ذلك جيداً أو وسطاً أو رديئاً لأن الجنس الواحد يختلف فيكون منه الجيد والوسط والردى وذلك مما يختلف الثمن باختلافه فلا بد من ذكره

وهل يفسد العقد ترك ذلك أم لا وذلك على ضربين أحدهما أن يكون السلم حيث يحصل الطعام فيفسد السلم لأن في موضع محصده يكون الجيد والردىء فيختلف بذلك الثمن فلا بد من ذكره وإذا كان موضع العقد يجلب اليه فقد قال ابن حبيب لا يفسخ وقال سائر أصحابنا أنه يفسخ على الإطلاق متى لم يصفه بالجودة ووجه ما قاله ابن حبيب أن غالب أمر الطعام تساويه حيث يجلب اليه في السفن كالخجاز وجدة لأنه يخلط في السفن ويتساوى فلا يفسد السلم ترك ذكر الجودة لأن غالبه متساو ووجه القول الثاني أن طعام السفن يختلف فيكون بعضه أفضل من بعض ويكون من طعام الخجاز وجدة ما يجلب في القناع فيكون أفضل من الطيب فلا بد من ذكر الجودة (فرع) وإذا قلنا بقول ابن حبيب ما الذي يجب على المسلم اليه من القمح مع إطلاق الصفة قال ابن حبيب يلزمه الوسط من ذلك لأن ما جاز فيه إطلاق الصفة يرجع منه إلى غالبه أو وسطه فإذا لم يكن له غالب يرجع منه إلى الوسط وكان يجب على مذهب ابن حبيب أن كان له غالب أن يلزم ذلك بمجرد العقد وإن لم يكن له غالب أن لا يصح السلم والله أعلم وأحكم (مسألة) ويجزئه من الصفة بالجودة أن يقول جيدا وليس من شرطه أن يقول غاية في الجودة قاله أصبغ وغيره من أصحابنا لم يختلفوا فيه إلا ما قاله أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا أنه لا يجزىء من الصفة بالجودة أن يقول جيدا حتى يقول غاية الجودة وأنه متى لم يصفه بالغاية بطل السلم والأول هو الصحيح لأن صفة السلم لا تبلغ من معرفة الموصوف مبلغ الرؤية له وإنما يبلغ به معظم مقاصده ويجزىء في صفات الرقيق أن يقول طويلا أو قصيرا ولا يلزم غاية الطول فإن وصفه بسواد العين فلا يلزم غاية السواد وإن وصف الثوب بالرقعة فلا يلزم غاية الرقة ووجه آخر وهو أن هذا يبطل بالمتوسط فإنه لا يعرف غايته ولا يقال غاية المتوسط ووجه ثالث أن ما قاله أقرب إلى الفساد لأنه كان يريد بغاية الطيب ما لا يوجد أطيب منه فهذا يتعذر وجوده ولا يكاد المسلم اليه أن يقدر على تخليصه وذلك يمنع صحة السلم فيه وإن أراد به أنه غاية في الطيب وأنه يوجد مثله وأفضل منه مما يوصف بغاية الطيب لزمه في الاختلاف فيه ما يلزم في وصفه الطيب (فرع) فإذا قلنا أنه يجزىء وصفه بيمين ووسط وردىء دون ذكر الغاية فقد قال ابن حبيب وابن المواز له العام من الجيد وليس له الخاص وفيكون من الجيد خاص بالغ في الجودة والطيب فلا يحمل على ذلك إلا بشرطه والصواب عندي أن يكون مادفعه المسلم اليه مما يقع عليه صفة السلم لزم المسلم قبضه فإذا أسلم اليه في جيد وأتى بما يقع عليه ذلك الاسم لزمه قبضه وكذلك الوسط والردىء ما لم يكن فيه عيب من غير الخلقة المعتادة منه (مسألة) وتصفه بالنقاء والغلث أو المتوسط لأن ذلك مما يلزم القمح ويختلف ثمنه باختلافه فإن أدخل بذلك وقبحه كالجودة أو المتوسط أو الرداءة فهل يبطل السلم أم لا قال ابن حبيب لا يبطل السلم ووجه ذلك أن الغلث عيب فلا يلزم ذكر السلامة منه كسائر العيوب وإنما استعبد كرهه لأن الغلث لا يكاد أن يخلو طعام منه

(فصل) ويجوز السلم في التمر والرطب فإن كان ببلد لا تختلف أنواعه فيه ووصف بالجودة أو المتوسط أو الرداءة فعلى حسب ما تقدم ذكره في الحنطة ويدخله من الاختلاف في ذلك كله ما يدخل في الحنطة وليس عليه وصفه بالنقاء لأن التمر لا غلث فيه وليس عليه وصفه بالسلامة من الحشف لأن ذلك عيب فيه ويسلم أكثر التمر منه ويلزم المسلم اليه أن يعطى غير الحشف لأن إطلاق الاسم يقتضي السلامة إلا اليسير الذي لا يستبد التمر منه في الأغلب (مسألة) فإن كان ببلد تختلف أنواعه منه فإن وصفه بالنوع شرط في صحة السلم وهذا حكم الرزيب والنول والخص وسائر

القطاني والحبوب والزيتون وبالله تعالى التوفيق (مسئلة) وأما السلم في الثياب على اختلاف أصولها من حرير أو قطن أو كتان فان يصف صفاته وخفته ورقته وجنسه وأصله وليس عليه أن يذ كروزنه ولا أن يقول جيدا قاله ابن القاسم في المدونة لانه قد يتعذر عليه تحقيق الوزن مع اشتراط الطول والعرض فاذا واه المقدارين من ذلك الطول والعرض والمصافقة فقد أوفاه حقه ودخل فيه قدر الوزن وما يقرب منه فأما تحقيقه فلا سبيل اليه وبالله التوفيق

(الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرا)

وهو مما يصح السلم دونه لان السلم فيه متعلق بالذمة وما يتعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزاء غير مقدر لانه لا يتميز في الذمة من غيره الا بالتقدير وليس كذلك المشاهدة لانه يتميز من غيره بالاشارة اليه والتعيين له (مسئلة) اذا ثبت ذلك فما كان من المكيل يقدر بالكيل وما كان من المعدود يقدر بالعدد وما كان من الموزون يقدر بالوزن وما كان يتقدر بالذرع كالثياب ونحوها يقدر بالذرع وذ كرابن القاسم في المدونة ان اللحم يجوز السلم فيه بالتعري كإيبيع الخبز بالخبز تعريا والأظهر عندي أن ذلك انما يجوز عند تعذر الموازين لانه مع الامكان انما قصد بالتعري التخاطر والحرز الذي ينفي السلم وهذه المسئلة مبنية على جواز اللحم باللحم تعريا وسيأتى بعدها ان شاء الله تعالى في موضعه مفسرا (مسئلة) وأما صوف الغنم فانه يتقدر بالوزن دون عدد الجزر لان الجزر تختلف فيها الكبيرة والصغيرة وله مقدار معروف فيجب أن يعتبر به (مسئلة) وأما البيض فلا يتقدر بوزن ولا كيل فلا يسلم فيه الا بالعدد حتى ذلك ابن حبيب وأما الرمان والسفرجل فروى ابن القاسم عن مالك تباع عددا قال ابن القاسم وان كان الكيل فيها معروفا فلا بأس بذلك وقال ابن حبيب يسلم فيها عددا أو كيلا ولا يسلم فيها وزنا قال ويذ كرمقداره فوجه قول مالك ان الذي جرت به العادة في بيعها هو العدد ولم تجر العادة بغيره وكان مجهولا فيها وأيضا فان كثيرا لا يكاد يتأتى فيه كيل ولا بد من اشتراط الكبر والصغر والتوسط فان الاغراض تختلف باختلاف ذلك ووجه قول ابن القاسم ان العدد انما يتقدر به ما يغلب عليه التساوي والتساوي قليل في هذا النوع من الفواكه وهي الرمان والسفرجل والتفاح فكان العدد فيها من أبواب الخطر فاما صغير التفاح فقول ابن القاسم فيه ظاهر وأما ما عظم منه ومن الرمان والسفرجل فالعدد فيه أظهر كالأثرج وان كان يجري في بعض البلاد بالوزن كان ذلك أظهر فيه وكذلك البطيخ والقثاء والخيار والموز والكمثرى ورؤس الغنم والله أعلم (مسئلة) وأما الجوز فاختلاف فيه قول مالك وابن القاسم وابن حبيب على حسب ما ذكرنا من اختلاف قولهم في الرمان ووجه ما قدمناه والوجهان يمكنان ظاهران وقول ابن حبيب بجواز الوجهين فيه جائز (مسئلة) وأما ما صغر من الفاكهة كميون البقر والمشمش والفراسيا والزعرور والمضارع فانه يتأتى فيه الكيل والوزن والاحال وفي كثير منه العدد والذي عندي انه يسلم فيه في كل بلد على عرفه وبالله التوفيق (مسئلة) وأما ما صغر وكان مما يبس ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر فانه لا يسلم فيه الا كيلا حتى ذلك ابن حبيب قال ولا يسلم فيه عددا وهذا الذي ذكره ابن حبيب بين لان المشقة تلحق بعده لصغره وانما يتأتى فيه الكيل أو الوزن فان كان ذلك عرفه ببلد السلم حل عليه (مسئلة) وأما النمر والقمح والشعير وسائر الحبوب التي تدخر بالكيل ولا يختلف في ذلك عرف البلاد ما لم تطحن فاذا طحنت فخلص قلب الأرز ودقيق الحنطة أو جريشها فان عرفه بمعظم البلاد بالوزن وعرفه بمبينة

الرسول صلى الله عليه وسلم الكيل ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلد السلم فإن غيره مجهول وقد قال ابن القاسم عن مالك لا يباع طعام بقصة أو قدح غير مكيال الناس وهو فاسد غير جائز قال ابن القاسم في السلم فيه بتلك المنزلة أو أشد وقال أشهب هو مكروه فإن وقع لم يفسخ وقال غيره يفسخ (مسئلة) وأما الخطب فقال ابن القاسم يسلم فيه وزنا أو أحمالا وحرما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه يجوز أن يعمل من ذلك بكل بلد على ما جرى عرف يبيع ذلك الجنس به (مسئلة) وأما الجدوع والخشب فانهما تتقدر بالذرع في الطول والعرض والارتفاع لانه الغرض في ذلك كله وأما البقول والقصيل فانهما تتقدر عند ابن القاسم بالحزم والقبض والاحمال ولا يجوز أن تتقدر بذرع الأرض وجوز ذلك أشهب رواه ابن المواز عنه واحتج ابن القاسم لمنع بئى صفاته وخفته لا تضبط بالصفة وهذا على صحته ناقص العبارة ويبيانه أن ما تتقدر من ذلك بذرع الأرض يختص بارض معينة أو حومة معينة متقاربة لأن الغرض والتمن يختلف بالقرب والبعد فاذا تعينت البقعة لم يجز السلم فيما ثبت فيها لانه لا يدري كيف يكون حاله وإن تعينت الحومة لم يجز السلم فيما يخرج منها لانها بمنزلة القرية الصغيرة ولذلك لا يجوز السلم في التمر في رؤس النخل فلماذا لم يجز السلم في شيء من الثياب بذرع الأرض (مسئلة) ويسلم في الثياب كلها بالذرع في الطول والعرض لانها لا تتقدر إلا به فإن شرط ذراع رجل بعينه فقد أجاز ابن القاسم في المدونة فإن خيف أن يغبن أخذ منه مقدار ذراعه إلى أن يجبيء أجل السلم فإن شرط ذراعا ولم يعين ذراع رجل بعينه فقد روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية يحمل على ذراع وسط قال أصبغ هو استحسن والقياس الفسخ وجه قول ابن القاسم أن الذراع ما لم يعين يعلق بالوسط وصح بذلك العقد لانه متى كان للعقد وجه من الصحة حل عليه ووجه قول أصبغ أن القدر الذي تعلق بالذمة مجهول وذلك يمنع صحة العقد وهذا في البلاد التي ليس لاهلها ذراع معين جرى عرف التبايع به وإن كان لهم ذراع مقدر كذراع الرشايش لاهل قرطبة والذراع المالكى ببعض البلاد حل المتعاقدان مع اطلاق العقد عليه والله أعلم

(الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا)

أما الشرط الرابع وهو أن يكون مؤجلا فإن الظاهر من منهج مالك أن السلم لا يجوز إلا في مؤجل وبه قال أبو حنيفة وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك يجوز أن يسلم إلى يومين أو ثلاثة وزاد ابن عبد الحكم أو يوم قال القاضي أبو محمد واختلف أصحابنا في تخرج ذلك على المذهب فذهب من قال أن ذلك رواية في جواز السلم الحال وبه قال الشافعي ومنهم من قال أن الأجل شرط في السلم قول واحد وإنما تختلف الرواية عنه في مقدار الأجل والدليل على اعتبار الأجل أن ما اختص بالسلم فانه شرط في صحته كعدم التعيين ووجه القول الثاني أن هذه معاوضة فلم يكن من شرط صحتها التأجيل كالبيع (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالسلم على ضربين ضرب يقضى ببلد السلم وضرب يقضى بغيره فاما ما يقضى ببلد العقد فقد اختلف أصحابنا في مقدار أجل السلم فقال ابن القاسم في المدونة لا يجوز إلا إلى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق الخمسة عشر يوما والعشرين يوما وقال ابن عبد الحكم لا بأس به إلى اليوم الواحد وروى ابن وهب عن مالك إلى اليومين والثلاثة وقال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان أحدهما أنه يجوز إلى أي أجل كان قرب أو بعد والثاني لا يجوز إلا إلى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق فوجه قول ابن القاسم أن السلم لما اقتضى الأجل لثلا يتيقن فيه انتفاع المسلم لمساواة الغرض احتاج أن يكون إلى أمد تختلف فيه الأسواق فإن خرج عن

هذا عدم شرط الصفة ووجه الرواية الثانية ان هذا معنى يشترط في صحة السلم فاستوى قليله وكثيره أصل ذلك مقدار المسلم فيه ووجه آخر وهو ان الدنانير والدرهم يجوز السلم فيها ولا تختلف أسواقها فلو كان اعتبار مدة تتغير فيها أسواق العروض شرطاً في صحة السلم لوجب أن لا يجوز السلم في العين ولو جاز أن تختلف آجال السلم باختلاف السلع فان من السلع ما يكثر تغير أسواقه كالطعام ونحوه ومنها ما يندر ذلك فيها كالجوهر والياقوت والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ما قلناه فالذي قاله القاضي أبو محمد ان تغير الاسواق في ذلك لا يختص بمدة من الزمان وانما هو على حسب عرف البلاد ومن قدر ذلك بخمسة عشر يوماً وأكثر فاعلم ان عرف بلده وتقدير ابن القاسم ذلك بخمسة عشر يوماً وعشرين أظهر لأن هذا عرف البلاد ومقتضى ما علم من أسواقها فانه يغلب تغيرها في مثل هذه المدة وعرف مصر كعرف غيرها والله أعلم وأحكم (مسألة) ووجه الاجل في البياعات أن يبين بما يمكن تبيينه به وجرت بمثله العادة فيقول الى أول شهر كذا أو الى آخره أو الى يوم كذا مضت منه أو بقيت منه فان قال الى شهر كذا فان هذا اللفظ يقتضي أن يكون يحل بأول ليلة من الشهر فاما ان قال يوفيه في شهر كذا من سنة كذا فقد قال أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا ان هذا ضعيف وليس بأجل محدود ويكون له أن يدفعه ما بين أول الشهر الى آخره غير أن السلم لا ينتقض بذلك ويكره بدأ فان وقع مضى ونفذ وفي هذا القول نظر (مسألة) ويجوز أن يسلم الى الجداد والحصاد ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي والدليل على صحة ما نقوله أن هذا أجل معلق بوقت من الزمان معلوم فجاز أن يكون أجلاً في السلم والبيع المؤجلة أصله اذا أجله بسنة أو بشهر (مسألة) ويجوز في الآجال الى خروج العطاء اذا كان وقت العطاء معروفاً ولا يختلف والمراد به وقت خروج العطاء فاذا حل ذلك الوقت حل الاجل خرج العطاء ولم يخرج وكذلك تأجيلهم الى قدوم الحاج والكلام فيه على نحو ما تقدم

(فصل) وأما ما يقتضي تغير بلد السلم فانه يستغنى عن ذكر الاجل قال محمد يجوز ذلك وان كان حالاً وهذا يجوز في عبارة لأن قطع مدة تلك المسافة أجل وانما أراد به أنه يجوز وان لم يذكر الاجل وحكى ابن المواز عن مالك فممن أسلم في طعام حال يؤجل بالريف مسيرة يومين أو أكثر أنه جائز ووجه ذلك ما احتجوا به من أن اختلاف الاسواق باختلاف البلدان كاختلافها بعد الآجال ألا ترى أن الناس يجهزون الامتعة الى البلاد جاء اختلاف الاسواق كما يؤخرون السلع الى الاجل وجاز ذلك واذا كان كذلك حررنا فيه قياساً فنقول ان هذا معنى عرفه بتغير الاسواق فجاز السلم اليه كالأجل البعيد (فرع) اذا ثبت ذلك فان عقداً على ذلك عقداً صحيحاً وجب على المسلم اليه الخروج الى مكان القضاء متى بقي بينه وبينه مقدار تقطع فيه المسافة فان أبى من الخروج أجبر على أن يخرج أو يوكل من يقضى المسلم ما سلم فيه لأنه قد وجب عليه التسليم ولا طريق له الى ذلك الا بالخروج الى موضعه أو الاستنابة في ذلك بالتوكيل (فرع) فهل له أن يعزل الوكيل بعد أن قصد خارجاً الى موضع التسليم من متأخرى أصحابنا من قال انه لا يجوز توكيله على ذلك الا ان يضمن الوكيل المسلم فيه لجواز أن يعزله المسلم اليه فيبطل سفر المسلم أو يتعذر عليه من سلم اليه حقه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله تعالى عنه ويجوز عندي أن يقال ليس للمسلم اليه عزله لتعلق حق المسلم بهذه الوكالة كما يقول في التوكيل على بيع الرهن وكما يقول في الوكيل على الخصومة اذا تقيدت عليه المقالات لم يكن لموكله عزل الا برضا من يخاصمه لتعلق حقه بالوكالة (مسألة) فان جاز

الاجل ووجد المسلم المسلم اليه بغير بلد التسليم فلا يخلو أن يكون المسلم فيه عيناً أو غير عين فإن كان
 عيناً كان له أخذه منه حيث وجدته وإن كان غير عين لم يكن له ذلك وعليه أن يخرج إلى بلد التسليم
 أو يوكل من ينوب عنه والفرق بينهما أن الدنانير والدرهم لا تختلف أسواقها وهي أصول الأمان
 وقيم المتلفات فتساوت حالهما في البلاد والأزمان والعروض تختلف أسواقها وليست بأصول في
 الأمان ولا قيم المتلفات فتختلف قيمتها باختلاف البلاد والأزمان فلم يلزم أن يسلمه ولا أن يسلم منه بغير
 بلد السلم ولذلك من كان عليه دين من عين جاز أن يعجله قبل أجله ويلزم من هوله قبضه ومن كان
 عليه دين من غير عين لم يجز له أن يعجله قبل أجله إلا برضا من هوله وبما يجري مجرى الأجل في
 بعض أحكامه موضع تسليم المسلم فيه قال القاضي أبو محمد الأفضل أن يذكر موضع التسليم لزوال
 التخاصم بين المتبايعين ويدخلان على معلوم من ذلك فليس كل أحد يعلم حكمه وفي كتاب محمد ومن
 سلف ولم يذكر موضع القضاء لم يضره ذلك وهذا مما لا يحتاج إلى ذكره ومعنى ذلك أن ذكره
 ليس بشرط في صحة السلم والدليل على ذلك أن إطلاق العقد يقتضي التسليم ببلد العقد كما يقتضي
 إطلاق البيع ذلك (مسألة) إذا ثبت ذلك فإنه لا يخلو أن لا يذكر موضع التسليم أو يذكره فإن
 لم يذكره لم يلزم المسلم إليه دفعه في بلد عقد السلم ولزم المسلم قبضه هناك لما ذكرناه فإن اختلفا في أي
 موضع يكون التسليم منه وقد شرط بلد التسليم أو لم يشترطه ولزم ذلك لإطلاق العقد فإن كان لتلك
 السلعة سوق بذلك البلد كان ذلك السوق موضع تسليمها لأن ذلك أخص بقاع تلك البلدة بتلك
 السلعة قال لم يكن لها سوق فإن المسلم إليه يوفيه حيث شاء من ذلك البلد قال ذلك ابن القاسم وابن
 المواز وقال سحنون بوفيهما بدار المسلم كان لها سوق أو لم يكن وفي سماع عيسى عن ابن القاسم أنهما
 أن اقرا أنهما لم يتخذا موضعا فإن القضاء يكون حيث قبضت الدرهم فيحصل أن يريد به موضع
 العقد ويحصل أن يريد به بلد النقد والله أعلم وأحكم وجه القول الأول أن إطلاق العقد بمنزلة تعيين
 البلد وتعيينه يقتضي تسليمه إليه بحيث يقع عليه اسم ذلك البلد كما أن إطلاق اسم الجودة يقتضي أن
 للمسلم إليه دفع ما شاء مما يقع عليه ذلك الاسم على الإطلاق وإيضاً فإن رأس المال لما كان محل دفعه
 موضع سوقه ومعظم نقاده وموازينه كأنه نفس المسلم فيه يكون تسليمه بموضع سوقه وأهل المعرفة
 بصفاته ووجه قول سحنون أنه لما كان على المسلم إليه إيصال المسلم فيه اقتضى ذلك إيصاله إلى منزله
 كحمل الحطب والماء لما كان على بئعه إيصاله لزمه إيصاله إلى منزل المتبائع له (مسألة) فإن ادعى
 أحدهما إطلاق العقد وادعى الثاني اشتراط موضع غير موضع السلم فالقول قول مدعى إطلاق
 العقد لأن الثاني ادعى خلاف مقتضى العقد فلم يثبت له ذلك الإيئنة (مسألة) فإن اتفقا على
 أنهما شرطاً موضعاً للقضاء واختلفا في تعيينه فادعى أحدهما موضع عقد السلم وادعى الثاني غيره
 فالقول قول مدعى موضع السلم لموافقة مقتضى إطلاق العقد وإن ادعى كل واحد منهما ما لا يشبه
 أن يكون موضعاً للقبض أحلفا وفسخ بينهما قاله ابن القاسم (مسألة) ويجب أن يكون موضع
 القضاء محددًا بجدي قريب كالفسطاط أو الفيوم أو الاسكندرية وأما أن تباعدت أقطاره كمصر
 والشام والأندلس فإن ذلك لا يجوز قاله ابن القاسم وقال إن مصر ما بين نجد إلى أسوان وما كان
 بهذه المثابة من تباعد الأقطار وتفاوت الأسفار لتباعد ما لا يجوز أن يكون موضعاً للقبض السلم
 لأن ذلك يعود لجهاالة موضع القبض وخطر الغرر فيه وبالله التوفيق

(الباب الخامس أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل)

وأما الشرط الخامس وهو أن يكون المسلم فيه موجودا حين الأجل فلا خلاف أن ذلك شرط في صحة السلم لأن حلول الأجل يقتضي تسليم المسلم فيه فإذا كان معدوما حين الأجل لم يصح السلم فيه لأن من شرط صحة السلم والبيع التمكن من التسليم (مسألة) فإن كان الأجل وعدم المسلم فيه بجائز استأصلته أو غفلة من مسلمه حتى فات من أيدي الناس فاختلف أصحابنا في ذلك (مسألة) وليس من شرطه أن يكون موجودا حين العقد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا حين السلم والدليل على ما نقوله أنه وقت لا يستحق فيه التسليم فلم يستحق وجود المسلم فيه أصل ذلك الزمان الذي بين وقت العقد وانقضاء الأجل

(الباب السادس أن يكون الثمن نقدا إلخ)

وأما الشرط السادس وهو أن يكون الثمن نقدا أو في حكم النقد فانه شرط في صحة السلم لانه إذا كان متعلقا بالذمة وتأخر المدة الطويلة وكان المسلم فيه مؤجلا إلى أجل بعيد وثمنه مؤجلا في الذمة إلى أجل بعيد لم يجز ذلك لانه من الكالئ بالكالئ (مسألة) وقبضه في مجلس السلم أفضل وليس بشرط في صحة السلم ويجوز أن يتأخر قبضه اليوم واليومين بالشرط خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إن من شرط صحة السلم التقابض في المجلس والدليل على ما نقوله أن التأخير فيه ليس بمنوع لمعنى في العوض وإنما هو ممنوع لمعنى في العقد لئلا يكون من الكالئ بالكالئ والمسلم فيه من شرطه التأجيل والثمن من شرطه التعجيل فكلا لا يصح السلم بتأخير القبض عن المجلس ولا بتأخير اليوم واليومين ولا يكون له بذلك حكم الكالئ فكذلك الثمن الذي من شرطه التعجيل لا يفسده التأخر عن مجلس القبض ولا بتأخره اليوم واليومين ولا يدخل بذلك في حكم الكالئ (فرع) إذا ثبت ذلك فالذي نص عليه أصحابنا أنه يجوز تأخره بشرط في أصل العقد اليوم واليومين وقال القاضي أبو محمد لا أكثر من ذلك ويجب أن يفصل ذلك فعلى قولنا يجوز السلم إلى أجل يوم أو يومين لا يجوز تأخر رأس مال السلم هذا المقدار وإنما يجب أن يكون قبضه بالشرط في المجلس أو ما يقرب منه وإن قلنا أن السلم لا يجوز إلا إلى أجل البعيد الذي تتغير في مثله الأسواق صح أن يقول بتأخير رأس مال السلم اليوم واليومين لأن تأخير رأس مال السلم هذه المدة ليس من باب التأجيل ولو كان له حكم التأجيل لجاز تأخر المسلم فيه اليه (مسألة) وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط إلى أجل السلم فلا يخلو أن يكون عينا أو غير عين فإن كان عينا فاختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يفسد السلم ثم رجع عنه وقال لا يفسد السلم ما لم يكن شرطا وبه قال أشهب وجه القول بفساده لأن ذلك ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين لأن عملها إليه آل ووجه القول الثاني أن عقدهما سلم من الدين بالدين وهذا مما لا يفسده التفرق قبل القبض وقال ابن وهب إن تعمد أحد هاتين رأس المال لم يفسد السلم وإن لم يتعمده أحد هاتين ففسد السلم ومعنى ذلك أن يكون أحد هاتين لم يفسد السلم فإذا وقع العقد صححها وتعلق به حق الآخر لم يكن للثاني أن ينفرد بفساده وهذا مبني على قولنا أن الفار من الأداء في الصرف لا يبطل الصرف وإذا لم يفر أحد هاتين ففسد بفساده فيجب أن يفسد (فرع) فإذا قلنا أنه لا يبطل العقد بتأخير رأس المال إذا كان عينا إلى أجل فإن لا يبطل إذا كان عرضا معينا أولى وأحرى لانه خارج عن الدين بالدين وإن قلنا أنه يبطل بذلك السلم وكان رأس المال عرضا معينا فلا يخلو أن يكون مما يغاب عليه كالثياب ونحوها

أو مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور فان كان مما يغاب عليه في المدونة ان مالكا كره ذلك وقال ابن القاسم ان وقع من غير شرط لم يفسخ كالحيوان والدور وان كان مما لا يغاب عليه في المدونة من قول مالك اذا كان رأس المال في السلم عبدا وتأخر الشهر من غير شرط انه جائز وكان هذا من أحدهما ولم يذكر كراهية وقال المتأخرون من أصحابنا ان ذلك على ثلاثة أضرب اذا كان عينا بطل السلم وان كان عرضا يغاب عليه فالسلم مكروه ولا يفسخ البيع وان كان مما لا يغاب عليه فلا كراهية فيه والفرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه في ذلك ان ما يغاب عليه اذا تلف بغير بينة فهو من المسلم ويفسد السلم فاذا بقي بيده كان له الخيار بان يدعى صناعتا ويبطل السلم متى شاء وكره أن يبقى بيده مدة لا يصح الخيار فيها في السلم وأما ما لا يغاب عليه فانه من المسلم اليه فلا يثبوت إلى ابطال السلم والله أعلم وأحكم (فرع) واذا قلنا براءة ابن وهب فان كان المسلم هو الذي امتنع من القضاء فالمسلم اليه بالخيار بين أن يأخذ جميع رأس مال السلم أو ما بقي له منه ويدفع جميع المسلم فيه وبين أن يمتنع من قبض ما بقي له منه ويدفع اليه ما كان دفع اليه منه وان كان المسلم اليه هو الذي امتنع من قبض رأس المال لزمه عند الأجل قبضه ودفع المسلم اليه فيه قاله ابن حبيب ووجه ذلك انه اذا امتنع المسلم فقد منع المسلم اليه من مقصوده من الانتفاع برأس مال السلم إلى أجله ولهذا التأخير تأثير في ابطال العقد فصار ذلك للمسلم اليه ان شاء أن يبطله أو يملكه وان شاء أن يمضيه أمضاه وان كان الامتناع من جهة المسلم اليه فقد أبطل حقه من الانتفاع برأس المال ولا مضرة في ذلك على المسلم فلم يكن لواحد منهما خيار في فسخه

(فصل) وقوله ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه أو ثمر لم يبد صلاحه يريدانه لا يجوز تعليق السلم بزرع لم يبد صلاحه ولا بثمر لم يبد صلاحه وذلك ان السلم على ضربين مطلق في الذمة ومضاف إلى بلدة فأما المطلق في الذمة فمثل أن يسلم اليه في قح أو تمر ويصفه بصفة ولا يشترط من تمر موضع من المواضع والثاني أن يضيفه إلى بلدة فيقول من قح مصر أو الشام أو تمر الصفراء أو المدينة على ساكنها السلام فهذا على ضربين أحدهما أن يضيف ذلك إلى موضع صغير لا يؤمن انقطاع ثمرته فانه لا يجوز ذلك على وجه السلم ولا يجوز الا على وجه البيع بعد أن يبدو صلاح ذلك الحائط ومن شرطه أن يكون الحائط لبائع التمر (مسألة) والثاني أن يضيف ذلك إلى موضع كبير ككثير التمر والزرع يؤمن انقطاعه من أيدي الناس مثل وادي القرى وخيبر فهذا يجوز عقد السلم فيه من أي وقت شاء بعد بدو صلاح الثمرة وقبل ذلك لمن له في ذلك الموضع زرع أو ثمر أو لمن ليس له فيه شيء والأصل في ذلك ما روى عبد الله بن أبي الجهم الدسائلي عن أبي أوفى عن السلف فقال كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في البر والشعير والتمر إلى قوم لا ندرى أعندهم أم لا وابن أبي زري قال مثل يعني ذلك ص قال مالك الامر عندنا فبين سلف في طعام بسعر معلوم إلى أجل مسمى فخل الاجل فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه فأقاله فانه لا ينبغي له أن يأخذ منه الا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع اليه بعينه فانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه منه وذلك انه اذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو يبيع الطعام قبل أن يستوفي * قال مالك وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفي * وهذا كما قال ان الاقالة في الطعام لا تكون الا بمثل رأس المال عقد وقضاء لانه ان كان بغير رأس المال خرج عن الاقالة إلى البيع الذي لا يجوز في الطعام قبل استيفائه وهو اذا عقد الاقالة بمثل

* قال مالك الامر عندنا
فبين سلف في طعام بسعر
معلوم إلى أجل مسمى
فخل الاجل فلم يجد المبتاع
عند البائع وفاء مما ابتاع
منه فأقاله فانه لا ينبغي له
أن يأخذ منه الا ورقه أو
ذهبه أو الثمن الذي دفع
اليه بعينه فانه لا يشتري
منه بذلك الثمن شيئا حتى
يقبضه منه وذلك أنه اذا
أخذ غير الثمن الذي دفع
اليه أو صرفه في سلعة غير
الطعام الذي ابتاع منه
فهو يبيع الطعام قبل أن
يستوفي * قال مالك وقد
نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع الطعام
قبل أن يستوفي

رأس المال ثم قبض منه غير ذلك من عرض أو طعام أو عين مخالف لرأس المال فان ذلك ممنوع للذريعة الى بيع الطعام قبل استيفائه لانه يتهم أن يكون ما أظهره من العقد لغوا وقد باع الطعام قبل قبضه بعدما ابتاعه به فخرج عن الاقالة الى البيع الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطعام قبل استيفائه (مسئلة) ومن ابتاع مطعوما معينا على الوزن أو الكيل فأراد أن يأخذ مكانه قبل قبضه من غير جنسه في كتاب محمد والمجموعة أن ذلك غير جائز ووجه ذلك انه باع ما عقد عليه من الطعام أولا بما أخذه آخر اقبل أن يستوفي (مسئلة) فان أخذ نصفه على ما عقد عليه وأراد أن يأخذ النصف الآخر من غير ذلك الجنس في كتاب محمد عن أشهب قال مالك أرجو أن يكون خفيفا قال محمد لا خير فيه وهو سواء مثل الذي تقدم ويحمل هذا انه دفع اليه الثمن من غير ايجاب قال وروى ابن القاسم عن مالك فممن ابتاع دينارا فحاشم سأله أن يعطيه بنصفه عدسا ان ذلك لا يجوز قال مالك ومن اشترى بدراهم زيتا فلم تسعه ببطته فأراد أن يأخذ بما بقي طعاما أو يرتجعه فلا يعجبني ووجه ذلك ما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله لا تنبغي الاقالة الا أن يأخذ ذهبه أو ورقه أو ثمنه بعينه يحتمل أن يرده بقوله ذهبه أو ورقه نفس ثمنه بعينه ان كان موجودا عنده على قولنا ان الدنانير تعين بالعقد أو يكون الثمن تبرأ أو حليا مصوغا فممتنعين بالعقد ولا يجوز في الحلي أن يقبله الا بنفس مادفع ويحتمل أن يرده بقوله بذهبه أو ورقه من جنس ذلك وسكته على قولنا ان الدنانير لا تعين بالعقد وقد قال في المدونة فمن سلم الى رجل دنانير في طعام فأقاله منه ودنانير في يده وشرط عليه أن يرده اليه تلك الدنانير بأعيانها ان للسلم اليه أن يدفع اليه غيرها وقوله بعد ذلك أو ثمنه بعينه يرده والله أعلم أن يكون الثمن من غير العين كالعروض والطعام فهذا لا تصح الاقالة الا بنفس ذلك الثمن دون ما كان من جنسه لان ذلك كله يؤدي الى بيع الطعام قبل استيفائه

(فصل) وقوله وانه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه يرده ان عقد الاقالة بذلك الثمن فلا يشتري منه به شيئا لان ذلك ذريعة الى أن تكون الاقالة به فيكون بيع الطعام قبل استيفائه وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فجوز أن يمنع كل ما كان في معناه وذريعة اليه والله أعلم وأحكم ص قال مالك فان ندم المشتري فقال للبائع أفلنى وأنظرك بالثمن الذي دفعت اليك فان ذلك لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك أنه لما حل الطعام للمشتري على البائع أخر عنه حقه على أن يقبله فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي * قال مالك وتفسير ذلك أن المشتري حين حل الأجل وكره الطعام أخذه دينارا الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة ما لم يزد فيه البائع ولا المشتري فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما الاقالة اذا فعل ذلك بيعا وانما أرخص في الاقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيئا من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا محله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع * وهذا كما قال ان النسيئة قد يلحق في البيع والسلم البائع والمشتري وتصح من كل واحد منهما الاقالة للفرق بصاحبه ويصح منه طلب الرجوع أو الفناء ويصح منهما جميعا ذلك في عقد واحد بخلاف القرض فانه لا يصلح أن يقع الاعلى وجه الفرق من القرض للقرض الآن الأغلب من أحوال الاقالة رفق أحد المتقابلين بصاحبه فلذلك حلت على أغلب أحوالها وقد قدمنا ان من شرط الاقالة أن تكون بمثل رأس المال وعلى الوجه الذي

* قال مالك فان ندم المشتري فقال للبائع أفلنى وأنظرك بالثمن الذي دفعت اليك فان ذلك لا يصلح وأهل العلم ينهون عنه وذلك انه لما حل الطعام للمشتري على البائع أخر عنه حقه على أن يقبله فكان ذلك بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي * قال مالك وتفسير ذلك أن المشتري حين حل الأجل وكره الطعام أخذه دينارا الى أجل وليس ذلك بالاقالة وانما الاقالة ما لم يزد فيه البائع ولا المشتري فاذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة الى أجل أو بشئ يزداده أحدهما على صاحبه أو بشئ ينتفع به أحدهما فان ذلك ليس بالاقالة وانما الاقالة اذا فعل ذلك بيعا وانما أرخص في الاقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيئا من ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة فان دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظرة صار بيعا محله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع

* قال مالك من سلف في
حظنة شامية فلا بأس أن
يأخذ محمولة بعد محل
الأجل * قال مالك
وكذلك من سلف في صنف
من الأصناف فلا بأس
أن يأخذ خبرا مما أسلف
فيه أو أدنى بعد محل
الأجل وتفسير ذلك أن
يسلف الرجل في حظنة
محمولة فلا بأس أن يأخذ
شعيرا أو شامية وإن سلف
في عمر محمولة فلا بأس أن
يأخذ صيغانيا أو جمعا
وإن سلف في زبيب أحر
فلا بأس أن يأخذ أسود
إذا كان ذلك كله بعد
محل الأجل إذا كانت
مكيلة ذلك سواء بمثل
كامل ما سلف فيه

شعيرا أو شامية وإن سلف
في عمر عجوة فلا بأس أن
يأخذ صبياناً أو جمعاً
وإن سلف في زيبأ حجر
فلا بأس أن يأخذ أسود
إذا كان ذلك كله بعد
محل الأجل إذا كانت
مكيلة ذلك سواء بمثل
كامل ما سلف فيه

الطعام قبل استيفائه
(فصل) وان دفع اليه أكثر من دراهمه فقال له اتبع بهذا طعامك لم يجز لانه قد خرج لاجل الزيادة
عن حكم الاقالة وقد دفع اليه أقل من دراهمه فقال له اتبع بهذا طعامك فقد قال ابن القاسم لا يجوز وقال
أشهب يجوز وجه قول ابن القاسم انه يؤدي الى الاقالة بأقل من الثمن وذلك غير جائز ووجه قول
أشهب أن هذا من باب الذريعة وتبعية التهمة وبعد التهمة يمنع تأثير الذريعة ص قال مالك من
سلف في حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محمولة بعد محل الأجل ص قال مالك وكذلك من سلف في صنف
من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيرا مما أسلف فيه أو أدنى بعد محل الأجل وتفسير ذلك أن سلف
الرجل في حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية وان سلف في تمر محمولة فلا بأس أن يأخذ
صيحانيا أو جمعا وان سلف في زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسودا إذا كان ذلك كله بعد محل الأجل
إذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ما سلف فيه ص وهذا كاقال ان من أسلم في نوع من أنواع
الطعام فانه لا بأس أن يأخذ عند الأجل نوعا آخر من ذلك الجنس أو أدنى في مثل كيله فأيأخذ من
الحنطة الشعير والسلت بعضها من بعض وأنواع الذهب بعضها من بعض ووجه ذلك ان هذا من باب
البذل وليس من البيع ولذلك جز بدل الحنطة بالحنطة وقصر على المائلة ولو كان من باب المبايعة لما
قصر على المثل وكذلك القرض وان كانت صورته صورة معاوضة فليس من باب المبايعة لانه مقصور
على المساواة والمائلة ولما كانت الحنطة والشعير من جنس واحد كان بعضها من بعض مبادلة وتحرير
ذلك أن كل ما يحرم التفاضل فيه يجوز أخذه بدلا منه كالنوع الواحد يأخذ منه أفضل مما له أو أدنى
وأما ما يحرم التفاضل فيه فانه لا يجوز أخذه عنه فلا يأخذ تمران قح لانه من بيع الطعام قبل

استيفائه وان كان من قرض دخله يبيع الطعام نساء (مسئلة) فان أخذ منه أقل من ذلك الكيل أدنى نوعا مثل أخذ عشرة أرادب شعير من عشرين أرادبا من حنطة فقد قال محمد بن مالك لا يجوز ذلك ومعنى ذلك والله أعلم أن يأخذ عوضا عن جميع القمح ولو أخذ العشرة أفقرة عن عشرة أفقرة ما ثم وهم ا زاد على ذلك من غير شرط وقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة فممن كان له مائة أرادب ثمرا فأخذ منه خمسين أرادبا محمولة ان كان انما صالح بها على وجه المبايعة فلا يجوز وان كان انما أخذ منه خمسين أرادبا محمولة ثم حط عنه الثاني بغير شرط فلا بأس به وجوز ابن القاسم ما هو أشد منه فمن كان له على أجل مائة أرادب ثمرا فلما حان الاجل أخذ منه خمسين أرادبا محمولة ثم وهبه الباقي من غير شرط ان ذلك لا بأس به وهذا أشد وأقوى من وأرفع الجودة (مسئلة) ولا يجوز قبل الاجل أن يأخذ منه الا مثل ماله عليه في النوع والقدر لان ذلك يدخله يبيع الطعام قبل استيفائه ويبيع الطعام بالطعام كما لا يجوز أن يأخذ قبل الاجل من نوعه أجودا وأدنى ويجوز ذلك باتفاق عنده (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ من الذي عنده القرض أو السلم من غير ذلك النوع مثل تلك المكيلة وان حل الاجل حتى قاله ابن القاسم قال لانه يصير حواله والحوالة عند مالك يبيع من البيوع ومعنى ذلك أن يعمل الذي له الى الجنس الذي أخذه وذلك يبيع أحدهما بالآخر فيدخله في القرض طعام بطعام من غير جنسه وذلك غير جائز ويدخله في السلم مع ما ذكرناه يبيع الطعام قبل استيفائه وانما جاز أن يؤخذ الورق من الذهب والذهب من الورق في القرض والبيع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز أن يأخذ الحنطة من الشعير والسلت ويأخذ بعضها من بعض لانها جنس واحد ومن قال ان العلس من جنسها يجب أن يكون الاخذ منها ويأخذ أنواع التمر بعضها من بعض وكذلك الزبيب ويأخذ عن نوع ما لا يستحي من الطير نوعا آخر على تحرى الوزن أكثر عددا أو أقل عددا فان كانت على العدد لم يجز الا أن يكون من نوعه رواه في العتبية سحنون عن ابن القاسم ومعنى ذلك ان الطير يختلف قدره باختلاف نوعه ويتفاوت فلا يجوز بعضه ببعض عددا اذا كان معناه اللحم وانما يجوز على تحرى ما فيه من اللحم والمساواة فيه على قول من أجاز التحرى فيه وأما اذا كان نوعا واحدا فانه يتساوى لانه انما يأخذ منه مثل الذي سلم اليه فيها قدر او غير ذلك وليس فيه شيء من البدل (مسئلة) ولا يأخذ الدقيق من الحنطة في البيع ولا بأس به في القرض قاله ابن القاسم وأشهب وجه ذلك على قول من لا يجيز يبيع الدقيق بالحنطة لعدم التماثل بينهما وأما على قول من يجيز ذلك ويرى التماثل بالوزن فلا يجوز الانتقال من مقدار الى مقدار وأما على قول من لا يرى التماثل فهما الا بالكيل فنع من ذلك في مسئلتنا

(١) هكذا يابض بالأصل

﴿ فهرسة الجزء الرابع من كتاب المنتقى تأليف القاضي أبي الوليد الباجي رحمه الله ﴾

صفحة	
٢	كتاب الطلاق * ما جاء في البتة
٢	باب ما يجوز إيقاعه من الطلاق
٧	ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك
١٦	ما يبين من التملك
٢٠	ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك
٢٤	ما يبين من التملك
٢٦	الايلاء
٢٧	باب الايلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الخالف بها شيء كالحالف بالله أو بصفة من صفاته
٣٧	ايلاء العبد
٣٧	ظهار الحر
٣٨	باب فأما ألفاظه فأصلها أنت - لي - كظهر أمي
٣٩	باب فأما من يظهر منها الخ
٥١	ظهار العبد
٥٣	ما جاء في الخيار
٦٠	ما جاء في الخلع
٦٧	طلاق المختلعة
٦٩	ما جاء في اللعان
٨٢	ميراث ولد الملاعنة
٨٣	طلاق البكر
٨٥	طلاق المريض * وفيه بابان
٨٥	الباب الأول في صفة المرض الذي به يبقى حكم ميراث المطلقة
٨٥	الباب الثاني في حكم طلاق المريض
٨٨	ما جاء في متعة الطلاق
٨٩	ما جاء في طلاق العبد
٩٠	نفقة الأمة إذا طلقت وهي حامل
٩٠	عدة التي تفقد زوجها
٩٤	ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض
١٠١	ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه
١٠٤	ما جاء في نفقة المطلقة
١٠٧	ما جاء في عدة الأمة من طلاق زوجها
١٠٨	جامع عدة الطلاق

- ١١٣ ماجاء في الحكمين
- ١١٥ ماجاء في عين الرجل بطلاق ما لم ينكح
- ١١٧ أجل الذي لا يمسه امرأته
- ١٢٢ جامع الطلاق * وفيه أبواب
- ١٢٦ الباب الأول في ذكر من يستحق النفقة من الزوجات وتستحق عليه من الأزواج
- ١٢٨ الباب الثاني فيما تسقط به النفقة الخ
- ١٢٨ الباب الثالث في قدر النفقة وصفها
- ١٣١ الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة لا عسار عن ذلك
- ١٣٢ عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا
- ١٣٣ مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تمحل
- ١٤٠ عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها
- ١٤١ عدة الأمة إذا توفى زوجها أو سيدها
- ١٤١ ماجاء في العزل
- ١٤٣ ماجاء في الاحداد
- ١٤٩ (كتاب الرضاع)
- ١٤٩ رضاع الصغير
- ١٥٣ ماجاء في الرضاعة بعد الكبر
- ١٥٥ جامع ماجاء في الرضاعة
- ١٥٧ (كتاب البيوع)
- ١٥٧ ماجاء في بيع العربان * وفيه أبواب
- ١٥٨ الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدا
- ١٥٨ الباب الثاني في أن النساء علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة
- ١٥٨ الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصح بعض الجنس بيعه إلى أجل متفاضلا
- ١٥٩ الباب الرابع في تبين المنافع المقصودة التي يتبين بهامعنى الجنس
- ١٦٩ ماجاء في مال المملوك
- ١٧٢ ماجاء في العهدة * وفيه أبواب
- ١٧٣ الباب الأول في تفسير معنى العهدة
- ١٧٥ الباب الثاني في محل الحكم بهامن البلاد
- ١٧٦ الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع
- ١٧٧ الباب الرابع في محل العهدة من العقود
- ١٧٨ الباب الخامس في محل درك العهدة
- ١٧٨ الباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير
- ١٨٠ بيع البراءة * وفيه أبواب

- ١٨٠ الباب الأول في تعيين محل البراءة من العقود
 ١٨٠ الباب الثاني في تعيين محل البراءة من العقود عليه
 ١٨١ الباب الثاني فمن يجوز له البراءة من البائع
 ١٨٢ الباب الرابع في تعيين ما تصح البراءة منه من العيوب
 ١٨٤ فصل وأما البراءة العامة فعلى ضربين الخ
 ١٨٥ العيب في الرقيق * وفيه أبواب
 ١٨٨ الباب الأول في بيان العقود التي يثبت فيها الرد بالعيب
 ١٨٨ الباب الثاني في بيان العيوب التي يجب بها الرد وتعييها من غيرها
 ١٩١ الباب الثالث فيما يحدث في البيع مما يثبت به الخيار الخ
 ١٩١ الباب الرابع فيما يثبت الرد بالعيب
 ١٩٧ مسألة * وفيها بابان
 ١٩٧ الباب الأول في بيان المعاني التي تثبت الخيار الخ
 ١٩٩ الباب الثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد فمن يثبت له الخيار
 ٢٠٢ حكم المواضعة وما يتعلق بها * وفيها أبواب
 ٢٠٢ الباب الأول في بيان معنى المواضعة ولزومها
 ٢٠٢ الباب الثاني في تعيين محلها من العاقدين
 ٢٠٢ الباب الثالث في محل المواضعة من العقود
 ٢٠٤ الباب الرابع في محل المواضعة من العقود عليه
 ٢٠٤ الباب الخامس في حكم الأمانة في مدة المواضعة وان ضمانها من البائع
 ٢٠٥ الباب السادس في بيان ما تنتقل به المواضعة
 ٢١٠ ما يفعل بالوليدة إذا بيعت والشرط فيها
 ٢١٤ النهي عن أن يظلم الرجل وليته ولها زوج
 ٢١٥ ما جاء في ثمن المال يباع أصله
 ٢١٧ النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
 ٢٢٤ ما جاء في بيع العريضة * وفيه أبواب
 ٢٢٦ الباب الأول في تفسير معنى العريضة
 ٢٢٨ الباب الثاني في بيان ما يجوز له ذلك
 ٢٢٩ الباب الثالث في بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار
 ٢٣٠ الباب الرابع في بيان مقدار ما يجوز بيعه من العريضة على الوجه الذي ذكرناه
 ٢٣١ الجائحة في بيع الثمار والزرع * وفيه أبواب
 ٢٣٢ الباب الأول في تعيين ما يكون من المتلفات جائحة
 ٢٣٣ الباب الثاني في تعيين ما توضع فيه الجائحة
 ٢٣٥ الباب الثالث في تعيين مقدار الجائحة التي توضع

خصيصة

- ٢٣٦ ما يجوز في استثناء الثمر
٢٣٨ ما يكره من بيع الثمر
٢٤٣ ما جاء في المزابنة والمحاولة
٢٤٧ جامع بيع الثمر
٢٥٦ بيع الفاكهة
٢٥٧ بيع الذهب بالورق عينا وتبرا
٢٧١ ما جاء في الصرف
٢٧٦ المراطلة
٢٧٩ العينة وما يشبهها * وفيها أبواب
٢٧٩ الباب الأول في تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات
٢٨٠ الباب الثاني في تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة
٢٨٢ الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضا واستيفاء
٢٨٣ الباب الرابع في تمييز ما يصح قبض البيع الثاني
٢٨٩ ما يكره من بيع الطعام الى أجل
٢٩٢ السلف في الطعام * وفيه أبواب
٢٩٢ الباب الأول أن يكون المسلم فيه متعلقا بالذمة وقد تقدم
٢٩٢ الباب الثاني في كونه موصوفا
٢٩٦ الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرا
٢٩٧ الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا
٣٠٠ الباب الخامس أن يكون السلم فيه موجودا حين الأجل
٣٠٠ الباب السادس أن يكون الثمن نقدا

﴿ تمت الفهرست ﴾



